

# **LOV OM FINANSIELL SIKKERHETSSTILLELSE**

Pant og motregning

Kandidatnr: 205

Veileder: Dr. juris Erik Røsæg

Leveringsfrist: 25 april 2005

Til sammen 15030 ord

25.04.2005

# Innholdsfortegnelse

<b><u>1</u></b>	<b><u>INNLEDNING</u></b>	<b><u>1</u></b>
1.1	GENERELT OM SIKKERHETSSTILLELSE	1
1.2	LEGAL OG AVTALT MOTREGNING	1
1.3	PANTERETT OG SIKRINGSCESSION	3
1.4	PROBLEMSTILLING OG VIDERE FREMSTILLING	3
<b><u>2</u></b>	<b><u>LOV OM FINANSIELL SIKKERHETSSTILLELSE OG SLUTTAVREGNINGSAVTALER</u></b>	<b><u>5</u></b>
2.1	OM LOV OM FINANSIELL SIKKERHETSSTILLELSE	5
2.2	HVILKE AVTALER ER "SLUTTAVREGNINGSAVTALER" ETTER LOV OM FINANSIELL SIKKERHETSSTILLELSE?	7
2.3	NÅR VIL PARTENE INNGÅ SLIKE AVTALER?	11
2.4	PROBLEMSTILLING OG VIDERE FREMSTILLING	12
<b><u>3</u></b>	<b><u>LOVBESTEMT MOTREGNINGSRETT</u></b>	<b><u>13</u></b>
3.1	BEGRUNNELSE FOR DEN LEGALE MOTREGNINGSRETTE I KONKURS	13
3.2	HOVEDREGEL: DEKNINGSLOVEN § 8-1 FØRSTE LEDD, JF. ANNET LEDD FØRSTE PUNKT	14
3.3	KOMPUTABILITETSVILKÅRET	16
3.4	VILKÅRET OM OPPGJØRSMODNE KRAV	18
3.5	GJENSIDIGHETSVILKÅRET	19
3.5.1	INNHALDET I GJENSIDIGHETSVILKÅRET	19
3.5.2	MOTFORDRINGEN OVERDRAS FRA TREDJEMANN	20
3.5.3	BOETS INNTREDEN I AVTALEN	23
3.6	SITUASJONER DER B KAN MOTREGNE SELV OM DE ALMINNELIGE MOTREGNINGSVILKÅRENE IKKE ER OPPFYLT	29
3.6.1	GENERELT	29
3.6.2	KONNEKSE FORDRINGER	29
3.7	OPPSUMMERING OG VIDERE FREMSTILLING	33

<b><u>4</u></b>	<b><u>ER DEKNINGSLOVEN § 8-1 PRESEPTORISK SLIK AT A OG B IKKE KAN AVTALE SEG BORT FRA INNHOLDET I BESTEMMELSEN MED VIRKNING FOR BOET?</u></b>	<b><u>35</u></b>
<b>4.1</b>	<b>INNLEDNING</b>	<b>35</b>
<b>4.2</b>	<b>MOTREGNINGSAVTALER OG DEKNINGSLOVEN § 8-1</b>	<b>35</b>
<b>4.3</b>	<b>PANT OG § 8-1</b>	<b>42</b>
<b><u>5</u></b>	<b><u>LITTERATURLISTE</u></b>	<b><u>46</u></b>

## 1 Innledning

### 1.1 Generelt om sikkerhetsstillelse

Der et selskap inngår en avtale med en bank om å få tatt opp et lån, vil banken ønske å sikre seg best mulig mot avtalemotpartens eventuelle mislighold. På den bakgrunn vil banken gjerne skaffe seg en form for sikkerhet, slik at oppfyllelsen av kravet sikres – eventuelt vil den ta seg betalt for risikoen, typisk i form av høy rente. Banken ønsker å få tilbake en størst mulig del av det beløp den har lånt ut, og ikke bare dividende av fordringen sin dersom selskapet skulle gå konkurs. Banken vil altså ha fortrinnsrett fremfor selskapets øvrige kreditorer i sikkerhetens økonomiske verdi.

Slik sikkerhet vil typisk være panterett, eller annen form for sikkerhet som sikringscesjon. Det kan også være at banken har motregningsrett i kraft av lov eller sedvanerett, eller den kan ha betinget seg en slik rett etter avtale.

### 1.2 Legal og avtalt motregning

Motregning vil si å avskrive et tilgodehavende med en forpliktelse.

En motregningsrett vil kunne fungere som *betaling* av hovedkravet; i stedet for at A først betaler 1000 kroner til B, og B deretter betaler 1000 kroner til A, kan kravene avregnes kravene mot hverandre.

Motregningsretten er også et *effektivt inkassomiddel* siden motregneren ikke trenger å gå veien om dom og utlegg, men får oppfyllelse ved en enkel og formløs erklæring.

Motregningsretten gir dernest den solvente part *sikkerhet* for å få dekket sitt utestående krav selv om debitor ikke kan betale; B vet at han kan motregne As krav sitt eget krav dersom A skulle misligholde avtalen eller gå konkurs. Således vil han slippe å måtte innfri hovedkravet uten at A innfrir hele motkravet. Motregningsretten gjelder også i konkurs og kan kreves med motkravets fulle pålydende. Det betyr at motkravet ikke som andre krav på skyldneren blir redusert til en dividendefordring; igjen innebærer det at motregneren har et dekningsprivilegium på bekostning av de øvrige kreditorer. Som sikkerhetsrett kan motregningsretten sammenlignes med panteretten.

Utenfor konkurs tillater de ulovfestede, alminnelige motregningsregler motregning i stor utstrekning. Hovedregelen er at en part har rett til å motregne dersom gjensidighetsvilkåret, komputabilitetsvilkåret og vilkåret om oppgjørsmodne fordringer er oppfylt, og stort sett er den legale motregningsretten den samme når en av partene er gått konkurs. Der fordringshaveren hadde motregningsrett utenfor konkurs etter de alminnelige motregningsregler, vil han som regel også ha rett til å motregne overfor boet, jf. dekningsloven kapittel 8, der hovedregelen følger av § 8-1(1), jf. § 8-1(2) første punkt.

Utgangspunktet er altså lik adgang til motregning i og utenfor konkurs med hjemmel i de alminnelige motregningsreglene.

De solvente parter kan ønske å begrense motregningsretten, eller de kan ønske å utvide den. I så fall vil de inngå en motregningsavtale. I internasjonal sammenheng er det blitt vanlig å inngå særlige motregnings- eller nettingavtaler, såkalte *close-out avtaler* – typisk ved inngåelse av derivatkontrakter.

Innholdet i disse avtalene er typisk at partenes ikke-forfalte og ikke-kompatible fordringer blir fastsatt til pengekrav og gjort opp mellom partene. Motregning inntreffer automatisk eller etter erklæring fra den ene parten ved inntreden av på forhånd avtalte situasjoner. En typisk slik situasjon er der den ene parten blir insolvent – noe som for motparten er å anse som et kontraktsbrudd.<sup>1</sup>

I norsk rett har slike avregningsavtaler generelt hatt en uklar rettslig stilling, det har vært diskutert om disse avtalene kunne gi noen større motregningsrett i en konkurs-situasjon enn det som følger av dekningsloven kapittel 8.<sup>2</sup> Med verdipapirhandelloven av 19 juni 1997 nr. 79 fikk vi en avklaring når det gjaldt motregning av visse typer finansielle instrumenter på grunnlag av avtale; innenfor lovens virkeområde bestemmer § 10-2 at slike avtaler skal kunne gjøres gjeldende uten hinder av dekl. § 8-1.

Lov om finansiell sikkerhetsstillelse trådte i kraft den 1 juli 2004. Den har, som vi skal se nedenfor, et bredt saklig og personelt virkeområde og vil derfor gjelde for et stort antall motregningsavtaler. På samme måte som avregningsavtaler etter verdipapirhandelloven, følger det lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 6(1) at motregningsavtaler inngått innenfor dens virkeområde kan gjøres gjeldende etter sitt innhold uten hinder av

---

<sup>1</sup> Bergo s. 21

<sup>2</sup> Bergo s. 5, Rapport (1995) s. 42

§ 8-1. Motregningsavtaler kan etter samme bestemmelse gjøres gjeldende uten hinder av dekningsloven § 7-3 og gjeldsbrevsloven § 26.

### 1.3 Panterett og sikringscesjon

Der det har vært tvilsomt om en avtale om motregning står seg, kunne kanskje avtalepant i form av at partene pantsetter sin fordring på motparten til nettopp motparten være en løsning på å skaffe seg sikkerhet for sitt krav. Et alternativ til pantsettelse vil være å inngå en avtale om sikringscesjon.

I likhet med tilfellene ovenfor vil oppgjørsmåten i begge tilfeller gjerne gå ut på å motregne fordringene.

### 1.4 Problemstilling og videre fremstilling

I det følgende skal vi se nærmere på hvilke endringer i rettsstilstanden det fører med seg at enkelte motregningsavtaler etter lov om finansiell sikkerhetsstillelse kan gjøres gjeldende uten hinder av § 8-1.

Representerer adgangen etter lov om finansiell sikkerhetsstillelse til å kunne motregne overfor konkursboet uten hinder av dekningsloven § 8-1 noe nytt i forhold til bakgrunnsretten? Dersom det allerede før ikrafttreddelsen av lov om finansiell sikkerhetsstillelse var – og er fortsatt i dag utenfor lovens virkeområde – adgang til å foreta motregning overfor boet uten hinder av deknl. § 8-1, er henvisningen til deknl. § 8-1 bare en kodifisering av gjeldende rett. Dersom § 8-1 derimot er en preseptorisk lovbestemmelse i bakgrunnsretten, vil ikke avtalte motregningsavtaler utover det som følger av § 8-1 være bindende for boet bortsett fra de som dekkes av verdipapirhandel-loven og lov om finansiell sikkerhetsstillelse.

For å kunne svare på dette, må vi aller først i kapittel 2 se nærmere på hvilke tilfeller som reguleres av lov om finansiell sikkerhet, og dens bestemmelser om sluttavregningsavtaler.

Deretter, i kapittel 3, skal vi se på deknl. § 8-1 og hvor langt den legale motregningsretten rekker i konkurs.

Til slutt, i kapittel 4, skal vi se på motregningsavtalers og panteavtalers stilling i forhold til § 8-1, og hverandre.

Både dekningsloven § 8-1 og lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 6 gjelder også i andre situasjoner enn konkurs, blant annet ved gjeldsforhandling. I denne oppgaven vil vi kun ta for oss det tilfelle at A går konkurs.

For å belyse problemstillingen og spørsmålene som dukker opp underveis, skal vi ta utgangspunkt i et helt ordinært banklån der en bank (B) yter et pengelån til et aksjeselskap (A) og A stiller innskuddet sitt hos B som sikkerhet for lånet. Deretter går A konkurs.

Kravet som skal sikres går ut på betaling av penger: Bs krav på tilbakebetaling av lånet (heretter ”motkravet”). Også sikkerheten går også ut på betaling av penger: As krav på tilbakebetaling av innskuddet (heretter ”hovedkravet”).

## 2 Lov om finansiell sikkerhetsstillelse og sluttavregningsavtaler

### 2.1 Om lov om finansiell sikkerhetsstillelse

Lov 26 mars 2004 nr. 17 om finansiell sikkerhetsstillelse gjennomfører direktiv 2002/47/EF, og innebærer en særskilt regulering av visse bilaterale avtaler om sikkerhetsstillelse.

Som lovens tittel antyder er det avtaler om *finansiell sikkerhetsstillelse* som reguleres, jf. lovens § 1(2). ”Sikkerhetsstillelse” omfatter både pantsettelse og overdragelse til eie (også kalt sikringscesjon), jf. § 2(1) litra a, mens alminnelige eiendomsoverdragelser uten sikringsformål vil falle utenfor lovens virkeområde.<sup>3</sup> Det som sikres ved pantsettelsen eller sikringscesjonen må være ”finansielle forpliktelser”. Dette er forpliktelser som ”omfattes av avtalen om finansiell sikkerhetsstillelse” og ”som gir rett til kontant avregning [forpliktelse til å betale penger<sup>4</sup>] eller levering av finansielle instrumenter”, jf. § 2 (1) litra b. Et siste vilkår er at også sikkerheten må bestå av kontante innskudd (innskudd på konto i kredittinstitusjon eller ”andre lignende pengekrav”<sup>5</sup>) eller finansielle instrumenter.<sup>6</sup>

Loven er foruten å være saklig avgrenset, også avgrenset på personsiden, jf. § 1 tredje og fjerde ledd. Loven kommer til anvendelse på avtaler inngått mellom finansielle institusjoner som nevnt i tredje ledd, for eksempel mellom en bank og et verdipapirfond, eller mellom banker. Dessuten følger det av fjerde ledd at loven også kommer til anvendelse på avtaler som involverer andre juridiske personer, så lenge én av partene er et finansielt foretak som nevnt i tredje ledd. Loven vil derimot ikke komme til anvendelse på avtaler som inngås mellom to ikke-finansielle juridiske personer, og den vil heller ikke komme til anvendelse der en eller begge parter er fysiske personer. Loven – og direktivet – har som formål å legge til rette for en sikrere og mer effektiv finansiell sikkerhetsstillelse, jf. lovens § 1 første ledd. Her kan også nevnes direktivets forale punkt 3, hvor det står at et av formålene med direktivet var å ”gøre det

---

<sup>3</sup> Ot. prp. nr. 22 (2003-2004) s. 16 vedrørende direktivet

<sup>4</sup> Ot. prp. nr. 22 (2003-2004) s. 16 vedrørende direktivet

<sup>5</sup> Ot. prp. nr. 22 (2003-2004) s. 20

<sup>6</sup> Definisjonen av ”finansielle instrumenter” må antas å være den samme som i som i verdipapirhandel-loven §1-2(2), se Ot. prp. nr. 22 (2003-2004) s. 19



finansielle marked mer integreret og omkostningseffektivt og det finansielle system i Fellesskabet mer stabilt.”

Gjennomføringsloven går på flere områder lengre enn dagens rettstilstand, mens den på andre områder klargjør en ellers usikker rettstilstand – hvilket er nødvendig for å skape forutberegnelige fellesskapsregler.<sup>7</sup>

Direktivets artikkel 7 første ledd litra a og b forplikter medlemsstatene til å sikre at avtalt sluttavregning på direktivets område ikke skal hindres verken av at det er innledet kollektiv bobehandling eller lignende hos én eller begge parter, eller at kreditorposisjonen i en finansiell forpliktelse påstås overdratt, tatt utlegg eller arrest i, eller lignende. For eksempel skal en åpning av konkurs hos A ikke hindre B i å motregne de finansielle fordringer som følger av avtalen.

Partene skal i stor grad skal kunne bestemme selv hvilke vilkår som gjelder dem imellom på sikkerhetsstadiet, men også på realisasjonsstadiet dersom det for eksempel skulle innledes konkurs hos en av dem. I lov om finansiell sikkerhetsstillelse er dette kommet til uttrykk i §§ 6 og 7. Forholdene legges med dette til rette for inngåelse av avtaler om finansiell sikkerhetsstillelse på tvers av landegrensene. Partene kan inngå den avtalen som er mest effektiv og minst byrdefull og kostnadskrevende, slik at både risikoen og kostnadene minimeres.

Direktivet er et ledd i en harmonisering av rettstilstanden på området, og inngår som en del av EUs Financial Action Plan, jf. fortalet til direktivet.

Fri flyt av kapital er en av ”de fire friheter”, og som ledd i å skape ett felles tjenestemarked ble Kommisjonen instruert i juni 1998 av Europarådet om å utarbeide en plan for å utjevne gjenværende juridiske, administrative og fiskale forskjeller mellom landene. Financial Action Plan har som mål at utstedere skal nyte lettere tilgang på europeiske kapitalmarkeder på konkurransemessige betingelser, og at investorene skal være frie til å investere uten å møte juridiske, administrative eller informasjonsmessige hindringer. Tilbyderne av investeringstjenester burde etter planen være i stand til å operere over hele EU uten å bli møtt med overlappende juridiske eller administrative formaliteter.<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> Ot. prp. nr. 22 (2003-2004) s. 5

<sup>8</sup> Communication from the Commission (1998)

For å kunne nå målene direktivet setter, inneholder loven i § 7 blant annet regler om at sikkerhetshaver kan realisere sikkerheten umiddelbart slik at kan han få dekning straks motparten misligholder avtalen. Likviditetsrisikoen knyttet til finansiell sikkerhetsstillelse kan på den måten reduseres til et minimum. Etter gjeldende norsk rett har det nemlig bare vært begrenset adgang til å realisere pantesikkerhet umiddelbart ved pantsetters mislighold.<sup>9</sup>

En av hovedformene for realisasjon etter lov om finansiell sikkerhetsstillelse er å anvende sikkerhetens verdi til motregning. Sluttavregning oppstilles i loven som et førsteklasses alternativ til andre oppgjørsformer og fullbyrding, jf. direktivets fortale punkt 14.

Det må her nevnes at i tilfelle en konflikt mellom lov om finansiell sikkerhetsstillelse og bakgrunnsretten – for eksempel panteloven – vil lov om finansiell sikkerhetsstillelse ha forrang, jf. *lex specialis* og EØS-loven § 2.

## 2.2 Hvilke avtaler er "sluttavregningsavtaler" etter lov om finansiell sikkerhetsstillelse?

Med "sluttavregning" menes i lovens forstand "at partenes forpliktelser ved inntreden av en på forhånd avtalt situasjon fastsettes til pengekrav i henhold til avtalte kriterier, og gjøres opp ved motregning", jf. § 6(2) første punkt. Definisjonen bygger på en tolkning av direktivets definisjon i artikkel 2 nr.1 litra n og artikkel 7 nr.1, der medlemsstatene pålegges å anerkjenne visse avtaler om motregning.

Lovens definisjon av sluttavregning gjelder oppgjør mellom to parter, såkalt bilateral sluttavregning.<sup>10</sup> Avtaleklausulene om sluttavregning må ha blitt inngått skriftlig for å sikre et minimum av notoritet, og partene må dessuten på forhånd ha avtalt hva som skal til før de kan foreta sluttavregning, jf. paragrafens første ledd.

---

<sup>9</sup> Bortsett fra ved realisasjon av pant i enkle fordringer, se tvangsfullbyrdsesloven § 1-3, jf. panteloven § 4-6. Se nedenfor under pkt. 2.2.

<sup>10</sup> Rapport (2003) s. 47

Siden det har vært gjenstand for diskusjon hvorvidt dekningsloven § 8-1 setter en sperre i norsk rett mot å godta de avtaler som direktivet pålegger oss, har lovgiver valgt å uttrykkelig lovfeste at sluttavregningsavtaler skal kunne gjøres gjeldende etter sitt innhold, uten hinder av § 8-1. Lovens § 6(1) sier uttrykkelig at "[a]vtale om sluttavregning kan gjøres gjeldende uten hinder av dekningsloven § (...) 8-1". Dermed vil B være sikker på at motregningsavtalen i alle tilfeller vil stå seg ved As eventuelle konkurs dersom avtalen mellom A og B oppfyller de kravene loven stiller.

Forpliktelsene må da inngå i en avtale som omfattes av lov om finansiell sikkerhetsstillelse, jf. lovens § 6(1). En "avtale om finansiell sikkerhetsstillelse" i lovens forstand som nevnt under pkt. 2.1 en "avtale om overdragelse av eiendomsrett til finansiell sikkerhet (...) og avtale om pantsettelse av finansiell sikkerhet, med det formål å sikre oppfyllelsen av finansielle forpliktelser", jf. § 2(1) litra a.

For å dekkes av lovens saklige virkeområde må den underliggende finansielle sikkerhetsstillelsen altså enten være en avtale om pant eller en avtale om overdragelse til eie (også kalt sikringscesjon) av finansielle instrumenter. Dersom avtalen om sikkerhetsstillelse ikke dekkes av lovens definisjon, er det bakgrunnsretten som kommer til anvendelse, med den usikkerheten den eventuelt medfører med hensyn til motregningsadgangen.

Motregning kan, som tidligere nevnt, være en enkel måte å foreta oppgjør av forpliktelsene på, på samme måte som for eksempel betaling. Motregning kan også fungere som en sikkerhetsstillelse, der effekten av avtalt motregning fungerer på samme måte som pant eller annen sikkerhetsstillelse, nemlig risikoreduserende for sikkerhets-haver i og med at avtalen gir B motregningsrett i konkurs.

Jeg presiserer altså at avtalen om sluttavregning imidlertid her vil måtte komme i tillegg til den nevnte sikkerhetsstillelsen og ikke istedenfor, den er ment å fungere som en avtalt realisasjonsmåte mellom partene.

Dersom det ved en pantsettelse blir nødvendig å gå til realisasjon av pantet kan dekning av panteoppgjøret tenkes gjort opp på flere måter. Panteloven § 4-6 gir panthaveren "samme rett til å disponere rettslig over pantsatt enkelt krav som panthaveren selv hadde" med mindre annet er avtalt. Panthaver vil dermed som utgangspunkt ha rådigheten over pantet på sikringsstadiet og kan uten hinder av panteloven og tvangsfullbyrdsloven, se § 1-3, forføye over kravet ved å selge det eller ved å motregne. Sikkerhet i form av "kontante innskudd" (lov om finansiell sikkerhetsstillelse

§ 2(1) litra d) kan altså allerede etter bakgrunnsretten realiseres på en hurtig og effektiv måte.

I vårt tilfelle vil det eneste praktiske nettopp være at dette skjer ved at B motregner sin gjeld til pantkaveren (dvs. As innskudd) i sitt tilgodehavende hos A (dvs. tilbakebetaling av lånet) – begge fordringer er ”kontante innskudd”.

Samme oppgjørsmåte vil være aktuell der sikkerhetsmodellen er sikringscesjon.

Ved sikringscesjon fremtrer forholdet utad som en vanlig overføring av eiendomsretten.

I forholdet mellom A og B vil det imidlertid være klart at overdragelsen skal være til sikkerhet for fordringen B har på A. Sikringscesjon har samme formål som en pantrett; så langt verdien av sikkerheten går, har B sikkerhet for at han får sine penger.

Domstolene har flere ganger skåret gjennom formen der rettsvernsakten for pantsettelse ikke ble oppfylt. Der transaksjonen reelt sett har vært en sikkerhetsstillelse, har den blitt undergitt reglene om pant. ”Salget” har dermed ikke fått rettsvern overfor selgerens kreditorer.<sup>11</sup> Lov om finansiell sikkerhetsstillelse oppstiller forbud mot slik omkarakterisering: det følger av lovens § 3 at avtaler om sikringscesjon ikke skal betraktes som panteavtaler, men som overdragelse til eie.

Loven utvider samtidig området for hva som kan sikres ved sikringscesjon, alt som kan pantsettes må også kunne sikres ved sikringscesjon innenfor området for lov om finansiell sikkerhetsstillelse.<sup>12</sup>

Stort sett vil rettsvernsakten, rettsvirkningen og realisasjonen for panteavtaler og avtaler om sikringscesjon være sammenfallende for de formuesgodene som omfattes av direktivet.

I det følgende vil jeg imidlertid konsentrere meg om tilfellene der partene har inngått avtale om pant.

Etter det som ble sagt ovenfor, vil oppgjøret av en panteavtale som regel skje på samme måte som oppgjøret av en avtale motregningsrett.

Siden det allerede må forutsettes at det ligger en gyldig panteavtale (eventuelt en avtale om sikringscesjon) i bunn, er det etter dette ikke sikkert at sluttavregningsavtalen

---

<sup>11</sup> Brækhus, Omsetning og kreditt 2 s. 16-17

<sup>12</sup> Rapport (2003) s. 27 flg.

tilfører veldig mye for B når det gjelder oppgjøret mellom fordringene, selv om avtalen altså kan gjøres gjeldende uten hinder av § 8-1.

I teorien har Bs panterett i As innskudd blitt omtalt som ”pant i egen gjeld”; B får pant i sin egen fordring på A. Det har vært diskutert om en slik pantsettelse står seg overfor boet, den kan virke som en ren omgåelse av eventuelle motregningsbegrensninger etter § 8-1. Rettsvernsakten er ikke egnet til å skaffe notoritet rundt pantsettelsen, siden den går ut på at debitor og panthaver B selv får melding om pantsettelsen, jf. panteloven § 4-5(1).

Selv om det har blitt diskutert i teorien om en slik modell får virkning som pantsettelse, vil vi her måtte forutsette at man godtar pant i egen gjeld som sikringsmodell ved siden av motregningsrett. Lov om finansiell sikkerhetsstillelse utvider nemlig ikke området for hva som kan pantsettes i forhold til det som følger av panteloven, så godtar man ikke en slik modell i bakgrunnsretten vil man heller ikke gjøre det her. Dette er imidlertid en problemstilling lovgiver i denne omgang nok ikke har sett, eventuelt har det blitt tatt for gitt at en slik modell står seg. I praksis har i hvert fall en slik modell stått seg overfor boet. I Rapporten fra arbeidsgruppen s. 13 står det at ”direktivet for eksempel kommer til anvendelse på helt ordinære banklån hvor en norsk bank yter lån til en kunde og hvor kunden stiller sikkerhet for lånet i form av å pantsette innskudd og/eller finansielle instrumenter, dersom denne forpliktelsen (lånet) gir rett til cash settlement og/eller levering av finansielle instrumenter”. Det ble ikke senere diskutert i forarbeidene. Basert på panteloven alene synes det ikke å være noen grunn til at pant i egen gjeld skulle stå i en svakere stilling enn pant for øvrig. Vi skal nedenfor i kapittel 4.3 se nærmere på hvilke hensyn som taler mot å akseptere modellen, men i det følgende tar vi altså utgangspunkt i at det i vårt eksempel er mulig å gyldig pantsette kravene, slik at bestemmelsene i lov om finansiell sikkerhetsstillelse kommer til anvendelse.

Noen sluttavregningsavtaler som inngås under lov om finansiell sikkerhetsstillelse vil være inngått kun med sikte på en konkurssituasjon, i andre avtaler vil konkurs – eller lignende insolvenssituasjon – bare være én av mange misligholdssituasjoner som fører til at en part etter avtalen har rett til å motregne.

Det har lenge vært vanlig – i hvert fall i internasjonal sammenheng – med close-out avtaler som typisk er avtaler som går ut på å kunne motregne ikke-forfalte og ikke-kompatible krav. Aktørene avtaler en særlig vid motregningsrett dersom ene av partene

blir insolvent eller mer generelt misligholder sine forpliktelser. Det sentrale er her at den solvente part har rett til å avslutte samtlige kontrakter mellom partene dersom nærmere angitte begivenheter inntreffer, typisk den annen parts vesentlige mislighold, konkursåpning, eller innledning av gjeldsforhandlinger og lignende. Det vesentlige element i en close-out er typisk at den solvente part "avregner" kontraktene. Dette innebærer at alle kontraktsforpliktelser og -rettigheter transformeres til et pengebeløp som skal betales av eller til konkursdebitor.<sup>13</sup>

### 2.3 Når vil partene inngå slike avtaler?

Partene inngår gjerne en motregningsavtale når de ønsker å tilsidesette motregnings-skranker i den legale motregningsretten.

Det kan være praktisk å inngå én avtale i tilfelle partenes mislighold slik at fordringene skal kunne motregnes i alle de i avtalen bestemte tilfellene, inkludert når en går konkurs eller blir insolvent, i motsetning til å måtte inngå en motregningsavtale som gjelder utenfor konkurs og eventuelt en panteavtale for det tilfelle at en part skulle gå konkurs. I visse tilfeller er den legale motregningsretten begrenset, slik at det blir nødvendig å inngå en egen avtale om motregning. Det vil kunne være tilfelle der As konkursbo trer inn i en eller flere av partenes avtaler slik at gjensidighetsvilkåret ikke lenger er oppfylt, jf. pkt. 3.5.3. Heller ikke der motkrav og hovedkrav er i forskjellig valuta, eller der et av kravene er i NOK og det andre er et krav på levering av aksjer vil B alltid kunne motregne med hjemmel i den legale motregningsretten, jf. pkt. 3.3.

B vil ha behov for å inngå motregningsavtale der han er avskåret fra å motregne pga. deklarasjoniske motregningsbegrensninger, der lovregler stiller vilkår om avtalebasert motregningsrett for å tillate motregning, og som nevnt ovenfor der partene ønsker å kunne motregne utover de rammene som følger av ulovfestede regler – også der tredjemann kommer inn i bildet. Overfor boet betyr det utover de grenser som § 8-1 oppstiller.

Det er dette siste tilfellet som reguleres av lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 6, og dermed det vi har for øye i det følgende.

---

<sup>13</sup> Bergo s. 21-22

## 2.4 Problemstilling og videre fremstilling

Siden det som nevnt foreligger en del usikkerhet og uenighet i teorien rundt motregningsavtalene, har det vært behov for en avklaring i lovs form.

Lov om finansiell sikkerhetsstillelse har som formål nettopp å unngå rettslig usikkerhet for dermed å fremme grenseoverskridende lån og sikkerhetsstille, og dermed var det helt nødvendig med en slik avklaring her. Avtalepartene må kunne være sikre på at dersom motparten går konkurs skal de likevel kunne gjøre avtalen gjeldende overfor boet. Rettstillingen utenfor området til lov om finansiell sikkerhetsstillelse (og verdipapirhandelloven) fremstår fortsatt som usikker i teorien.

Mellom solvente parter er det avtalefriheten som råder, en avtale om motregning vil med mindre det følger av avtalerettslige ugyldighetsregler eller lignende alltid være gyldig inter-partes. Spørsmålet her er imidlertid om en slik avtale vil få virkning overfor tredjemann, boet.

Dersom man kunne avtale sluttavregning med bindende virkning for boet utover de rammer som dekningsloven § 8-1 oppstiller også før ikrafttreddelsen av lov om finansiell sikkerhetsstillelse, innebærer det faktum at lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 6 gjør unntak fra § 8-1 for sluttavregning ingen realitetsendring – den kodifiserer bare gjeldende rett.

Hvis derimot § 8-1 frem til nå har vært preseptorisk, altså til hinder for at partene kunne binde boet til å godta en videre motregningsrett, vil lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 6 innenfor sitt virkeområde kunne være en ny sikkerhetsmodell der B får separatistrett i boet.

Dersom man allerede etter bakgrunnsretten (dvs. før og utenfor virkeområdet til lov om finansiell sikkerhetsstillelse) kan avtale seg bort fra dekn. § 8-1, vil ikke lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 6 som gjør unntak fra § 8-1 ikke medføre noen forandring for motavregningsavtaler, henvisningen til § 8-1 i § 6 kan i så fall strykes.

Om § 8-1 er preseptorisk slik at A og B ikke kan avtale seg bort fra innholdet i bestemmelsen med virkning for boet, skal jeg vurdere i kapittel 4. Men før det, nedenfor i kapittel 3, må vi se nærmere på hvilke motregningsvilkår og -begrensninger § 8-1 oppstiller for den legale motregningsretten.

### 3 Lovbestemt motregningsrett

#### 3.1 Begrunnelse for den legale motregningsretten i konkurs

Gjeldende rett anerkjenner i stor utstrekning motregning i konkurs, hvilket først og fremst begrunnes ut fra et sikkerhetshensyn; motregningsretten gir B sikkerhet ved at han ikke risikerer å måtte innfri hovedkravet uten at motkravet gjøres opp.

Motregningsretten må dessuten sees i et historisk perspektiv. Et samlet Norden ville på begynnelsen av 1970-tallet reformere konkurslovgivningen, et samarbeid som for Norges del resulterte i dekningsloven. En rekke innskrenkninger ble da diskutert, men man endte altså opp med å videreføre den vidtrekkende adgangen til motregning i konkurs, som vi også hadde etter den gamle konkurslovgivningen. Dette ble først og fremst begrunnet med at retten til motregning sto sterkt i ”den alminnelige rettsbevissthet” og at en slik praksis er internasjonalt utbredt.<sup>14</sup> Mot hensynet var selvfølgelig stillingen til skyldnerens øvrige kreditorer, som blir ytterligere forverret når én kreditor får den særretten at han kan motregne i boet med motkravets fulle pålydende.

Der motregningsretten fungerer som en sikkerhet i kravet og er kredittskapende, er det liten grunn til at B skal stilles dårligere enn der han har en annen sikkerhetsrett, for eksempel pant. Mindre beskyttelsesverdig vil en vid adgang til legal motregningsrett være der den ikke fungerer kredittskapende, men på den annen side oppstilles ikke noe vilkår om at for eksempel panthaver kun er særkreditor der sikkerhetsstillelsen har vært kredittskapende. Ved at det ikke oppstilles noen rettsvernsakt for den legale motregningsrett kan den slå ut som en tilfeldig fordel for enkelte kreditorer, noe som imidlertid kan oppveies noe ved at dekningsloven også oppstiller regler som styrker kreditorfellesskapets vern, jf. kapittel 8.

Dessuten kunne en annen løsning enn å innvilge B en vid legal motregningsrett i konkurs vært vanskelig av retts tekniske årsaker dersom man i hvert enkelt tilfelle for eksempel skulle vurdere hvorvidt motregningsretten hadde fungert kredittskapende.

---

<sup>14</sup> NOU 1972:20 s. 328 flg.



### 3.2 Hovedregel: dekningsloven § 8-1 første ledd, jf. annet ledd første punkt

Utenfor konkurs oppstiller ulovfestede motregningsregler en vidtgående rett for en part til ensidig å kreve motregning. Hjemmelen er å finne i rettstradisjonen:

”Motregningsretten hører til de grunnleggende ”obligasjonsrettslige prinsipper” i vår formuerettstradisjon. (...) Den legislative begrunnelse gir seg ikke av seg selv. (...) Reglene om motregning må imidlertid anses som så innarbeidet i rettsoppfatningen at dette i seg selv gir forklaringen på at reglene godtas så langt tilfellet er.”<sup>15</sup>

I konkurs finner vi hovedregelen for den legale motregningsretten i deknl. § 8-1 første ledd, jf. annet ledd første punkt. Der oppstilles vilkårene for at den solvente part ensidig skal kunne kreve å få motregne fordringene ved den annen parts konkurs.

I § 8-1 første ledd står det at

”[d]en som ved åpningen av bobehandlingen har en fordring på skyldneren som kan meldes i boet, kan benytte den til motregning med dens fulle beløp overfor en fordring som da tilkommer skyldneren, men som inngår i boet.”

Det oppstilles etter dette en vid adgang for den solvente part til å motregne i en konkurssituasjon, der han kan motregne med motkravets fulle pålydende og ikke bare med dividende på kravet. Dermed vil han kunne oppnå større dekning enn han ville fått uten slik motregningsrett. Det er motregning på motkravets fulle pålydende det siktes til når vi snakker om ”motregningsrett”.

Den solvente parts lovbestemte motregningsrett i konkurs etter dekningsloven § 8-1 fungerer som en særlig ”separatistrett” i boet; den imidlertid er undergitt enkelte begrensninger.

§ 8-1(1) første punkt antas å bygge på et prinsipp om at dekningsretten beror på forholdene ved boåpningen, hvilket betyr at motregningsvilkårene må være oppfylt ved åpningen av bobehandlingen. Foruten ordlyden i bestemmelsen, med ordene ”ved boåpningen” og ”da”, har også forarbeider og rettspraksis <sup>16</sup> innfortolket en slik forutsetning. Dessuten kan det tenkes at det kan leses inn i gjensidighetsvilkåret siden motkravet må være et dividendekrav. Både for motkravet og for hovedkravet må det altså trekkes en grense mellom fordringer som er oppstått før og fordringer som er oppstått etter boåpningen.

---

<sup>15</sup> Krüger s. 341

<sup>16</sup> Sæbø s. 461, Lindskog s. 91.

Vilkårene for å kunne motregne i konkurs er i utgangspunktet de samme som utenfor konkurs. Av disse er det komputabilitetskravet, kravet om oppgjørsmodne fordringer og først og fremst gjensidighetsvilkåret som er mest relevante for oss, og følgelig de som skal gjennomgås mer i detalj nedenfor under punktene 3.3, 3.4 og 3.5.

Før det skal vi se nærmere på § 8-1 annet ledd første punkt, der det står at ”(m)otregning kan ikke skje dersom motregning på grunn av fordringens beskaffenhet ville være utelukket selv om skyldneren var solvent”.

Konkursloven av 1863 oppstilte ikke noe slikt forbud.<sup>17</sup> I forarbeidene til ny konkurslov er det så er uttalt at det

”er tvilsomt nok om man i konkurs fullt ut skal opprettholde den vide adgang til motregning som består mellom solvente personer... Men det synes i hvert fall ikke å være grunn til å utvide motregningsretten når en av partene går konkurs. Da rettspraksis (...) til dels har inntatt et annet standpunkt, er en uttrykkelig lovregulering påkrevet.”<sup>18</sup>

Dette utsagnet kan tas til inntekt for at lovgiver ikke har ment å gi uttrykket

”beskaffenhet” selvstendig betydning. Der motregning, uansett grunn, er utelukket utenfor konkurs, er motregning også utelukket i konkurs. På denne måten er også bestemmelsen blitt tolket i teorien, der man synes å være enig om at uttrykket ”fordringens beskaffenhet” ikke begrenser regelens rekkevidde.

§ 8-1(2) er et tilleggsvilkår for å kunne motregne etter alminnelige motregningsregler i konkurs, i tillegg til motregningsbegrensningene som følger av paragrafens første ledd. Hensynet til kreditorfellesskapet er her kommet tydelig til uttrykk i og med at konkursen i hvert fall ikke skal utvide enkeltkreditorens stilling ytterligere på bekostning av kreditorfellesskapet.

Det følger ikke av ordlyden at det nødvendigvis er omvendt (jf. pkt. 3.7.2), at der man kunne motregne utenfor konkurs, kan man også gjøre det når B går konkurs.

Bestemmelsen § 8-1(2) hindrer ikke at Bs avtalte motregningsrett kan gjøres gjeldende overfor boet, men den utgjør heller ikke i seg selv noen hjemmel for avtalt motregning.

Det som imidlertid må bemerkes i vår sammenheng er at § 8-1(2) første punkt ser ut til å sette forbud mot å akseptere også *avtalt* motregningsrett som gir B bedre rett i konkurs enn utenfor.

---

<sup>17</sup> Sæbø s. 454

<sup>18</sup> NOU 1972:20 s. 330

For å kunne motregne i konkurs etter ulovfestede prinsipper må motregningsvilkårene i § 8-1(1) må være oppfylt, i tillegg til at partene også må ha kunnet motregne når A var solvent. Hvis det ikke er tilfelle, følger det av § 8-1(2) at motregning i konkurs er utelukket.

### 3.3 Komputabilitetsvilkåret

Et av vilkårene etter de alminnelige reglene om motregning utenfor konkurs, er at motfordring og hovedfordring er komputable. Komputabilitetsvilkåret er vilkåret om at motfordring og hovedfordring går ut på samme ytelse; motkravet skal være en prestasjon som kan tjene til oppfyllelse av hovedkravet.

I Rt. 1997 s. 21 antas komputabilitetsvilkåret – i likhet med gjensidighetsvilkåret, se pkt. 3.5 – å følge allerede av § 8-1(1). At vilkåret som et utgangspunkt også gjelder i konkurs følger forutsetningsvis av § 8-1(2) annet punkt. Bestemmelsen oppstiller et unntak fra gjensidighetsvilkåret i Bs favør hvorefter motregning kan gjennomføres selv om ”motfordringen opprinnelig gikk ut på annet enn penger”. Der hovedfordringen gikk ut på norske kroner, mens motfordringen gikk ut på annen ytelse – fordring på annet enn penger eller pengefordring i annen valuta – så kan motregning likevel foretas, selv om komputabilitetsvilkåret ikke er oppfylt, se også deknl. § 6-5.<sup>19</sup> Begrunnelsen for dette unntaket, er at alle krav mot konkursskyldneren skal omregnes til pengekrav (i norske kroner), jf. deknl. § 6-4, og i og med denne omregningen blir kravene komputable.

Derimot vil ikke motregning med hjemmel i deknl. § 8-1 kunne foretas dersom det er motfordringen som opprinnelig går ut på penger, mens hovedfordringen går ut på annen ytelse.

Kravet om at ytelsene skal være av samme art er klarest oppfylt når både motkrav og hovedkrav skal gjøres opp i norske kroner, eventuelt i samme fremmede valuta. At deknl. §§ 6-5 jf. 6-4 bestemmer at motkravet skal ”omregnes til norsk mynt” kan ikke bety at B berøves motregningsrett i det sistnevnte tilfelle.<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup> Andenæs s. 205, jf. Tjaum s. 390-391

<sup>20</sup> Bergo s. 40

Et særlig spørsmål innen valutahandelen er om man kan motregne når hovedfordring og motfordring er i forskjellig valuta.

I ett tilfelle er spørsmålet løst i og med det som ble sagt ovenfor, nemlig der Bs krav for eksempel er i USD mens As krav er i NOK. Da vil motkravet regnes om til NOK og fordringene vil med det bli komputable, jf. ovenfor. I motsatt tilfelle vil imidlertid fordringene ikke kunne motregnes.

Det kunne tenkes imidlertid tenkes at det ble tatt hensyn til den økende kompatibiliteten i den internasjonale valutahandel hvor kursnotering skjer løpende gjennom dagen.<sup>21</sup>

Lovens forarbeider behandler ikke spørsmålet, men det er blitt berørt noe i teorien.<sup>22</sup>

Utgangspunktet må være at krav på en valutaytelse normalt vil måtte anses som et krav på levering av den bestemte valuta, slik at vilkåret om at ytelsene skal være av samme art i utgangspunktet ikke er oppfylt. Gjeldsbrevsloven § 7 oppstiller en deklarasjonsregel som gir debitor en rett til å betale i NOK når han er forpliktet til å betale med fremmed mynt i Norge. Valgretten må imidlertid anses avskåret der partene har avtalt betaling i en annen valuta.<sup>23</sup>

Men hva om den solvente part er gitt en viss valgfrihet med hensyn til oppgjørsv valuta? Hva blir løsningen dersom avtalen er at B låner USD av A, og B, når han skal betale tilbake, kan han velge å gjøre opp for seg i yen etter USD etter tilbakebetalingsdagens kurs? Da er oppgjørsv valutaen USD, mens avregningsvalutaen er yen. Siden kravene da blir kompatible, må en slik avtale trolig godtas.

Der partene har inngått en close-out avtale hvoretter motregning skal skje ved at partenes fordringer omregnes til pengekrav uavhengig av om fordringene opprinnelig gikk ut på samme valuta, er utgangspunktet at fordringene ikke kan motregnes etter § 8-1 fordi komputabilitetsvilkåret ikke forelå ved boåpning. Hvorvidt slike close-out avtaler likevel binder boet til å godta motregning med ikke-komputable krav skal vi se nærmere på i kapittel 4.

---

<sup>21</sup> Rapport (1995) s. 47

<sup>22</sup> Bergo s. 40-41, Tjaum s. 99 flg.

<sup>23</sup> Bergo s. 40

### 3.4 Vilåret om oppgjørsmodne krav

Med oppgjørsmodne krav siktes det til at B har rett til å innfri hovedkravet og kreve motkravet innfridd. Det betyr at frigjøringstiden til hovedkravet må ha kommet, og at motkravet må være forfalt.<sup>24</sup>

At kravene er oppgjørsmodne, er et vilkår for å motregne etter alminnelige motregningsregler. Det gjelder også som et utgangspunkt i konkurs; det kommer frem av § 8-1(2) annet punkt der det står "(...)at motfordringen forfaller senere enn skyldnerens fordring, utelukker likevel ikke motregning." Av dette følger også at fordringshaverens motregningsrett utvides i konkurs, til også å gjelde der motfordringen først forfaller etter hovedfordringen.

Flere lovbestemmelser oppstiller dessuten eksplisitt dette vilkåret for motregning, for eksempel gjeldsbrevsloven § 26 og finansavtaleloven § 29(1).

Oppgjørsmodne krav som et vilkår for å motregne står i sammenheng med den legislative begrunnelsen for å tillate at B motregner; når B har rett til å betale hovedkravet, og A plikter å returnere dette – eller i hvert fall deler av det – umiddelbart for å gjøre opp motkravet vil A normalt ikke ha god grunn til å nekte B å motregne. At oppgjørsmodne krav er et vilkår for å motregne kommer klart frem når vi ser at B kan misbruke motregningsinstituttet der vilkåret ikke vilkåret er oppfylt:

Der As krav mot B på å få innskuddet sitt tilbake er forfalt, vil B normalt etter alminnelige motregningsprinsipper ikke kunne motregne dersom hans krav mot A på å få tilbakebetalt lånet ennå ikke er forfalt. Da kan B misligholde hovedfordringen helt til motkravet forfaller, slik at motregning kan skje.

Når A er gått konkurs går Bs motregningsrett som nevnt ovenfor lenger; "(...) at motfordringen forfaller senere enn skyldnerens fordring, utelukker likevel ikke motregning", jf. § 8-1(2) annet punkt.

Reelt sett fører dette til at B etter boåpning får motregne som følge av sitt eget mislighold.

I ett tilfelle er det imidlertid sikkert at B ikke får motregne, nemlig der hovedfordringen forfaller før boåpningen og motfordringen etterpå, jf. § 8-1(2) tredje punkt. På

---

<sup>24</sup> Sæbø s. 80, Andenæs s. 205

tidspunktet for boåpningen hadde ikke B noe å kreve av A, og hadde heller ikke rett til å motregne.<sup>25</sup>

### 3.5 Gjensidighetsvilkåret

#### 3.5.1 Innholdet i gjensidighetsvilkåret

Også gjensidighetsvilkåret er et alminnelig motregningsvilkår utenfor konkurs. Det opprettholdes i konkurs, men må presiseres nærmere.

Vilkåret følger indirekte av henvisningen til alminnelige motregningsregler som oppstilles i § 8-1(2) første punkt, hvorefter B nektes å motregne i konkurs når han ikke kunne ha motregnet utenfor konkurs. Imidlertid har forarbeider<sup>26</sup> og rettspraksis ansett gjensidighetsvilkåret for å følge allerede av § 8-1(1), hvorefter motfordring og hovedfordring må bestå mellom fordringshaveren og skyldneren ved boåpningen.

Både hovedkrav og motkrav må ha bestått mellom A og B, de kan ikke ha blitt inngått mellom boet og B. Begge fordringene må altså være stiftet før åpningen av bobehandlingen. Deretter må de inngå i boets aktiva og passiva: motkravet må være en ”fordring på skyldneren som kan meldes i boet” og hovedkravet ”en fordring som da [ved åpningen] tilkommer skyldneren, men som inngår i boet”.

I en konkurssituasjon betyr det at hovedfordringen ikke må være unntatt beslagsrett, jf. dekningsloven § 2-2, og motkravet må være dividendeberettiget<sup>27</sup>. At en fordring er uforfalt eller betinget utelukker ikke at den anerkjennes som en dividendefordring, jf. dekn. § 6-2(1). Det samme gjelder regressfordringer, se dekn. § 6-3. Dermed kan også den type fordringer inngå i et motregningsoppgjør.

At hovedfordringen må være oppstått før boåpningen er et vilkår først og fremst for å avgrense mot fordringer som oppstår etter boåpning. I forarbeidene står det nettopp at ”[u]tenfor området for nærværende paragraf [§ 8-1] faller de øvrige tilfeller hvor motfordringen er oppstått etter boåpningen (her vil motfordringen enten være massefordring eller fordring på debitor personlig), eller hvor hovedfordringen er

---

<sup>25</sup> Andenæs s. 206

<sup>26</sup> NOU 1972:20 s. 329

<sup>27</sup> Bergo s. 41

oppstått på boets hånd etter boåpningen eller tilkommer debitor personlig (fordi den ikke omfattes av boets beslagsrett)”.<sup>28</sup>

At gjensidighetsvilkåret er oppfylt, betyr imidlertid også at B, som står i gjeld til A, ikke kan erklære motregning med en fordring som tilhører tredjemann. For eksempel kan et morselskap (B) som står i gjeld til skyldneren (A), ikke benytte datterselskapets (Bs datterselskap) fordring på A til motregning. Her er motregning betinget av overgang av motkravet til B.<sup>29</sup>

Også der boet trer inn i en eller flere avtaler med B, oppstår det spørsmål om gjensidighetskravet fortsatt er oppfylt, se 3.5.3 om boets inntreden i avtalen(e).

Dessuten kan det tenkes tilfeller der B kan motregne selv om de alminnelige motregningsvilkårene – herunder gjensidighetsvilkåret – ikke er oppfylt, se særlig 2.6.2 om utvidet motregningsrett for konnekse fordringer.

### 3.5.2 Motfordringen overdras fra tredjemann

A kan ha hatt et krav på B uten at B samtidig hadde et krav på A. På den bakgrunn kan B ønske å gå til anskaffelse av et *motkrav* – først og fremst dersom han kan kjøpe det til underpris – og deretter motregne kravene. Er det tilstrekkelig for å oppfylle gjensidighetsvilkåret at motkravet før boåpning er overdratt fra tredjemann til B? Deknl. §5-6 regulerer omstøtelse av motregning som er foretatt før boåpning, og §8-2 har bestemmelser om motfordringer som ikke kan benyttes til motregning i konkurs. Det er ikke et vilkår for å motregne at fordringene er oppstått på kreditors og debtors hånd. At fordringene er ervervet ved transport, hindrer således ikke at gjensidighetsvilkåret likevel anses oppfylt. Dette utgangspunktet må imidlertid begrenses i to henseende, hvor bestemmelsene for øvrig må sees i sammenheng. For det første kan boet omstøte motregning som er foretatt før boåpning etter dekl. kapittel 5. For det andre kan boet, etter boåpning, motsette seg motregning som erklæres av B overfor boet med fordring på A som er ervervet fra tredjeperson, jf. §8-2.

Omstøtelse av motregning er spesielt regulert i §5-6.

---

<sup>28</sup> NOU 1972:20 s. 329

<sup>29</sup> Sæbø s. 52

Paragrafens første ledd er en særregel som regulerer omstøtelse av motregning foretatt forut for boåpningen med krav mot A som B har ervervet av tredjemann: ”Motregning med en fordring på skyldneren som er ervervet fra tredjeperson ved overdragelse eller utlegg senere enn tre måneder før fristdagen, kan omstøtes i den utstrekning motregningen er skjedd med en fordring som skyldneren hadde da den annen ervervet sin fordring. Det samme gjelder uten hensyn til tidspunktet for ervervelsen, dersom erververen på dette tidspunkt visste eller burde vite at skyldneren var insolvent.”

Motkravet må altså enten være overdratt eller tatt utlegg i for å rammes av omstøtelsesregelen, med ”overdragelse” menes både overdragelse til eie og overdragelse til pant.<sup>30</sup> Hovedkravet må ha eksistert på As (eller boets) hånd idet ervervet av motkravet skjer: motregning må skje ”med en fordring som skyldneren hadde da den annen ervervet sin fordring”. Dersom hovedkravet først oppsto etter den tid, hindres ikke B i å motregne med transportert motkrav.

Mellom solvente parter er det full adgang til å avtale motregning med alle krav ervervet ved transport, men idet A går konkurs stenges denne adgangen. Dette fordi man ønsker å hindre at kreditorer med krav mot A kjøper opp fordringer på A. Som regel vil det skje til underpris, idet det som regel bare vil være slike oppkjøp som vil være lønnsomme for B. På den måten koordineres debitor- og kreditorposisjonene slik at B får dekning for motkravet ved motregning, samtidig som boet nødvendigvis tappes for aktiva, og dividenden i boet reduseres tilsvarende.<sup>31</sup>

§5-6(1) første punkt oppstiller en objektiv omstøtelsesregel, annet punkt en subjektiv. Etter den subjektive regel spiller det ingen rolle når ervervet fant sted. Dersom B ved ervervet av motkravet visste eller burde vite at A var insolvent, er motregning utelukket. Den objektive regelen fungerer som en bevis teknisk forskyvning der boet slipper å påvise ond tro hos B i de tilfellene der motkravet ble ervervet senere enn tre måneder før boåpning.

§5-6(1) hjemler omstøtelse av motregning som på grunn av §8-2(1) ikke kunne ha blitt foretatt etter at bobehandling er åpnet. Se nedenfor under 2.3.3.2. Begrunnelsen er at man ønsker å få sammenheng mellom reglene om motregning i og utenfor konkurs. I forarbeidene står det at ”[d]e reelle hensyn bak regelen gjør seg like sterkt gjeldende

---

<sup>30</sup> NOU 1972:20 s. 293

<sup>31</sup> Huser, Omstøtelse s. 358



enten motregningen blir erklært noen dager før eller noen dager etter åpningen av bobehandlingen”.<sup>32</sup>

Lov om finansiell sikkerhetsstillelse §6 hindrer ikke at bestemmelsene om omstøtelse blir anvendt, bortsett fra omstøtelse som alene begrunnes med at sikkerhet er stilt for eldre gjeld.

Hovedregelen er som nevnt at motregning også kan skje med ervervede motfordringer: §8-1(1) krever bare at gjensidighetsvilkåret foreligger ved åpningen av bobehandlingen. Imidlertid innebærer §8-2(1) en ytterligere begrensning: ”En fordring på skyldneren som er ervervet fra tredjeperson ved overdragelse eller utlegg senere enn tre måneder før fristdagen, kan ikke benyttes til motregning overfor en fordring som skyldneren hadde da den annen ervervet sin fordring. Det samme gjelder uten hensyn til tidspunktet for ervervelsen, dersom erververen på dette tidspunkt visste eller burde vite at skyldneren var insolvent.”

§8-2(1) første punkt oppstiller en objektiv regel, annet punkt en subjektiv.

På samme måte som i §5-6, må B allerede ha vært i gjeld til A da motkravet ble ervervet dersom kravene skal kunne nektes motregnet. Dersom det er tilfelle, må gjensidighetsvilkåret etter §8-2(1) ha vært oppfylt i minst tre måneder forut for boåpning. Etter den subjektive regel spiller det imidlertid ingen rolle når ervervet fant sted; dersom B ved ervervet av motkravet visste at A var insolvent, er motregning utelukket. Det samme gjelder ved uaktsomhet.

Regelen begrunnes i forarbeidene med at B ”som skylder penger til (...) [A], som han vet står svakt økonomisk, (...) ikke [bør] kunne gjøre opp sin gjeld ved motregning med fordringer på (...) [A] som han har kjøpt av T i dette øyemed”.<sup>33</sup>

Dersom overdragelsen fant sted tidligere enn tre måneder før boåpningen og B var i aktsom god tro mht. As insolvens, stenger ikke §8-2(1) for motregning. §8-2 (2) oppstiller for slike tilfeller en regel om erstatningsansvar for overdrageren.

---

<sup>32</sup> NOU 1972:20 s. 293

<sup>33</sup> NOU 1972:20 s. 332

Heller ikke for sluttavregningsavtaler etter lov om finansiell sikkerhetsstillelse er det et vilkår for motregning at kravene opprinnelig besto mellom A og B. Gjensidighet må imidlertid ha foreligget ved inngåelsen av sluttavregningsavtalen.

### 3.5.3 Boets inntreden i avtalen

Spørsmålet vi stiller oss i det følgende er om boet vil ønske å tre inn i avtalen for å hindre at B motregner fordringene.

Det følger av dekningsloven kapittel 7 at hovedregelen med de mange unntak er at både boet og B er bundet av de avtaler A har inngått før konkursåpningen. Hvis boet ikke ønsker å tiltre kontrakten, kan B heve og kreve erstatning; erstatningskravet er i så fall et dividendekrav, jf. §§ 7-7 og 7-8.

§ 7-3(1) første punkt gir som hovedregel boet rett til å videreføre de gjensidig bebyrdende kontrakter som A har sluttet, i tiden etter boåpning.

”For visse kontraktstyper [vil det imidlertid] ligge(...) i kontraktens art at insolvensen er en relevant bristende forutsetning. Typiske eksempler her er kredittavtaler (...).”<sup>34</sup>

De avtaler det i første rekke siktes til må være at A har fått *tilsagn* om en låneavtale fra B – der B har eller risikerer å få et ensidig krav mot A. Da vil As insolvens typisk være en ”relevant bristende forutsetning”.<sup>35</sup> I vårt tilfelle er imidlertid pengene allerede lånt ut, og A har stilt sikkerhet for lånet. Etter dette er låneavtalen en ”gjensidig tyngende avtale” som boet kan tre inn i.

Boet kan anse denne låneavtalen for å være fordelaktig, altså at det vil tjene penger på å gjennomføre den; for eksempel kan det løpe meget lav rente på lånet.

Dersom boet trer inn i As avtale, mister B sin hevingsrett mens boet blir berettiget og forpliktet på avtalens vilkår, jf. dekl. § 7-4(1)1. Først og fremst betyr det at boet får samme plikt som A til å oppfylle avtalen; motkravet må da betales fullt ut som massekrav, det vil si at lånet skal tilbakebetales fullt ut til B før det går noe til de øvrige kreditorer.

Selv om B kan ”tape” penger i forhold til om boet ikke hadde trådt inn, vil han bli stilt som om avtalen var oppfylt med den opprinnelige debitor A – under forutsetning av at

---

<sup>34</sup> NOU 1972:20 s. 313

<sup>35</sup> Bergo s. 30

boet kan dekke massekravet. I den grad boet ikke kan eller vil tre inn, er det også klart at gjensidighetsvilkåret ikke skaper noen hindring for Bs rett til å motregne.

Spørsmålet om gjensidighetsvilkåret fortsatt er oppfylt når boet trer inn, blir aktuelt i de tilfeller der det foreligger flere kontrakter mellom partene, hvorav noen, men ikke alle, har dividendestatus. I enkelte boer vil det nemlig være slik at A har inngått en rekke kontrakter med samme motpart, typisk der det handles med opsjonskontrakter eller valutahandelkontrakter. Da er det som regel slik at noen av kontraktene er tapsbærende for A, mens andre er tapsbærende for B. Det har i teorien vært diskutert om As bo kan velge å tre inn i de kontrakter som vil begunstige boet, samtidig som det lar være å tre inn i kontraktene som vil være tapsbærende for boet, dette kalles for boets rett til *cherry picking* (boets rett til selektiv inntreden). Dersom en inntreden i et utvalg av As kontrakter avskjærer Bs motregningsrett, vil det kunne være særlig gunstig for boet. At § 7-3(1) utelukkende gir boet en rett og ingen plikt til å videreføre kontraktene, skulle tyde på at boet kan tre inn i de kontrakter som det anser som mest gunstig. Etter dette forutsettes det at det er full adgang for boet til å foreta *cherry picking*.<sup>36</sup>

Er gjensidighetsvilkåret fortsatt oppfylt slik at B kan motregne også med de kontrakter boet trer inn i, eller bortfaller gjensidighetsvilkåret med den konsekvens at også Bs motregningsrett bortfaller?

De eventuelle begrensninger det medfører for Bs motregningsrett at boet har rett til å tre inn i As kontrakter følger ikke av kapittel 7, men av kapittel 8.

I det følgende forutsetter vi at det foreligger flere kontrakter mellom partene, noen tapsbringende for A, andre tapsbringende for B; og boet trer inn i de sistnevnte. Kan B fortsatt motregne opparbeidede gevinster mot opparbeidede tap på As hånd der boet trer inn i As gevinstbringende kontrakter – eller vil dette være en effektiv måte for boet å hindre at B motregner fordringene?

Av lovens ordlyd i kapittel 8, og først og fremst § 8-1, er det vanskelig å trekke noen direkte slutning om Bs motregningsrett ved boets inntreden fortsatt er i behold. Etter forarbeidene<sup>37</sup> å dømme har ikke lovgiver sett for seg denne problemstillingen.

---

<sup>36</sup> Andenæs s. 153, Tjaum 364-365

<sup>37</sup> NOU 1972:20 s. 330 annen spalte

Imidlertid har spørsmålet vært diskutert i teorien, og meningene er delte. Enkelte<sup>38</sup> legger størst vekt på hensynet til boets inntredelsesrett mens andre setter hensynet til at fordringshaveren bør ha sin sikkerhet i behold høyere.

Siden motregningsvilkårene etter § 8-1 må være oppfylt ved boåpningen, må boets rett til hovedfordringen kunne sies å foreligge på tidspunktet for boåpningen dersom gjensidighetsvilkåret skal være oppfylt.

Spørsmålet blir dermed når hovedfordringen kan sies å *oppstå*.

Hvis hovedfordringen først kan sies å oppstå på boets hånd når det beslutter å tre inn i kontrakten, opphører gjensidighetskravet å være oppfylt idet kravet overtas av boet, med den konsekvens at B ikke får motregne.<sup>39</sup> Det betyr igjen at de hovedfordringene boet trer inn i likestilles med de hovedfordringene som A eller boet erverver på selvstendig grunnlag, se note 25 ovenfor.

Det ligger imidlertid nærmest ordlyden i § 8-1 å si at B har motregningsrett i alle hovedfordringer boet tar beslag i, fordi det der ikke tas forbehold for de tilfeller der boet trer inn i avtalen: ”Den som ved åpningen av bobehandlingen har en fordring på skyldneren som kan meldes i boet, kan benytte den til motregning med dens fulle beløp”. Det kan tyde på at lovgiver har ment at det bare stilles som vilkår at B hadde et krav mot A på tidspunktet for åpningen av bobehandlingen.

I noen tilfeller kan det likevel komme på tale å karakterisere hovedfordringen som et *nytt erverv* for boet.

Der kontrakten er helt uoppfylt når boet trer inn, vil kravet måtte sies å være oppstått på boets hånd, med den konsekvens at B mister motregningsretten. Et eksempel på dette vil være en husleiekontrakt som boet trer inn i. Etter inntreden vil boets krav mot B på husleien måtte karakteriseres som et *nytt* vederlagskrav, denne fordringen forelå ikke på As hånd før boåpningen.

Dersom A allerede har oppfylt sin del av avtalen før boåpning, kan man vanskelig påstå at kravet er oppstått på boets hånd. Dersom A leverte varer på kreditt før boåpningen, som B ved boets inntreden i kontrakten ennå ikke har betalt for, må B kunne motregne

---

<sup>38</sup> Se Tjaum, for øvrig med tilslutning av Andenæs

<sup>39</sup> Tjaum s. 413 flg., Andenæs s. 203

etter § 8-1(1) på vanlig måte; her er ikke beslaget av As krav engang betinget av at boet trer inn, men følger direkte av § 2-2.<sup>40</sup>

I tilfellene mellom disse ytterpunktene, der As ytelse delvis er oppfylt ved boets inntreden, vil hvert tilfelle vil måtte vurderes nærmere.<sup>41</sup>

I vurderingen av når hovedkravet anses oppstått, har det i teorien ofte blitt lagt vekt på boets innsats i hovedkravet, man vurderer rollen boet har spilt ved oppfyllelsen av avtalen. Der hovedkravet ”opptjenes ved boets egen innsats etter boåpningen”<sup>42</sup>, vil det være nærliggende å si at fordringen er oppstått på boets hånd. Eksempler på det vil være entreprisekontrakter eller leveringskontrakter der det ved boåpningen fortsatt gjenstår omfattende investeringer fra konkursdebitors side før vederlaget oppfylles.

Dersom B også i de tilfellene skulle kunne motregne, ville det gitt ham en tilfeldig fordel ved at han får dekning *fordi* boet trer inn i kontrakten. Da vil det kunne være nærliggende å si at det dreier seg om et ”nytt” krav, særlig med tanke på at inntredelsesretten jo er ment å skulle begunstige kreditorfellesskapet.<sup>43</sup> Der boet derimot kun realiserer gevinsten på en hovedfordring overdratt fra A, burde Bs motregningsrett være i behold.

Et alternativt utgangspunkt for vurderingen av om hovedfordringen er et nytt erverv vil kunne være risikoen boet eventuelt tar ved å tre inn i avtalen, om den i seg selv medfører at hovedfordringen anses som et nytt erverv etter boåpningen.<sup>44</sup>

Andre faktorer enn innsats og risikotagen vil også kunne spille inn. Et eksempel kan være der A og B har inngått en avtale om en tilvirkningskontrakt. A har oppfylt hele eller store deler av avtalen før boet trer inn, men etter avtalen skal ikke ytelsene mellom partene overføres før det er gått en viss tid. Selv om man isolert sett ikke karakterisere fordringen som et ”nytt erverv” for boet når det trer inn, jf. ovenfor, vil man på ett eller annet tidspunkt – trolig ikke veldig lenge etter boåpning – oppstille et brytningspunkt hvoretter kravet i alle tilfeller må sies å ha oppstått på boets hånd, og B ikke lenger kan motregne. Gjensidighetsvilkåret og dermed Bs motregningsrett kan ved boets inntreden bare være i behold en viss tid – på ett tidspunkt må alle krav sies å være boets egne.

---

<sup>40</sup> Sæbø s. 446, se note 1442

<sup>41</sup> Andreassen s. 183-185

<sup>42</sup> Bergo s. 53

<sup>43</sup> Sæbø s. 422

<sup>44</sup> Bergo s. 44

Hvor lang tid det er snakk om vil variere – en faktor vil kunne være kontraktens størrelse.

I noen tilfeller kan det tenkes en fordeling av vederlaget, der noe er opptjent på As hånd, resten på boets hånd.<sup>45</sup>

De rettspolitiske begrunnelser for i det hele tatt å akseptere Bs motregningsrett i konkurs, taler i favør av at Bs motregningsrett er i behold også der boet trer inn. Lovgiver så en videreføring av motregningsretten i konkurs som en opprettholdelse av status quo<sup>46</sup>, der den som før konkurs hadde krav som kunne påregnes motregnet, også skulle kunne motregne i konkurs – Bs forventinger er ved avtaleinngåelsen de samme om boet på et senere tidspunkt trer inn eller ikke.

Der forventningene om fremtidig motregningsrett generelt er motiverende og vesentlig for kreditorene vil motregningsretten gjerne fungere som en praktisk sikkerhetsordning. Da ser jeg liten grunn til å skulle skille tilfellene der B har sikret seg motregningsrett i As innskudd fra de tilfellene der sikkerheten istedenfor er en panterett – det vil imidlertid bare være et poeng dersom gjensidighetsvilkåret fører til at B mister sin rett til motregning dersom boet trer inn. Hvis partene istedenfor hadde inngått en avtale om pant etter panteloven § 4-4, ville B likevel kunne blitt nektet å motregne?

Utenfor området for lov om finansiell sikkerhetsstillelse har det vært uklart om modellen ”pant i egen gjeld” står seg som en pantesikkerhet, eller om det får virkning som en motregningsavtale. Hvis det får virkning som en motregningsavtale, må man stille seg det samme spørsmålet for avtalt motregningsrett. Kan man avtale en rett som går lenger enn § 8-1 – for eksempel en tilsidesettelse av gjensidighetsvilkåret – eller setter § 8-1 absolutte vilkår? Hvis § 8-1 er absolutt, vil kanskje gjensidighetsvilkåret samt de andre motregningsvilkårene gjelde også for panterett.

Hvis man først godtar pant i egen gjeld etter gjeldende rett, med virkning som en ordinær pantsettelse, må trolig avtalt motregning kunne avtales fordi det går ut på det samme. Se nærmere om dette i kapittel 4.

---

<sup>45</sup> Andreassen s. 183-185

<sup>46</sup> NOU 1972:20 s. 328 og 330

Det følger av § 7-3(2) annet punkt at "[a]vtalebestemmelse som gir den annen part en videre adgang til å heve på grunn av skyldnerens insolvens, er ikke bindende for boet." På forhånd inngåtte klausuler mellom A og B om at B som gir B rett til å heve avtalen ved As insolvens er etter dette ikke bindende for boet. Som nevnt ovenfor er det vanlig at partene avtaler automatisk hevingsrett – og dermed gir partene rett til å motregne fordringene – ved på forhånd fastsatte close-out begivenheter.

Om "insolvensen som opphørsrett etter avtalens art" i § 7-3(2) første punkt er det i forarbeidene sagt at "det er ikke nok at en avvikende løsning følger av vedkommende kontrakt, den må følge av kontrakttypens egenart"<sup>47</sup>.

Partene vil imidlertid kanskje kunne løse problemet ved å inngå en motregningsavtale hvoretter B har rett til å innfri hovedkravet uavhengig av om gjensidighetsvilkåret fortsatt er oppfylt. Man kan ikke nekte boet å tre inn i avtalen fordi om man har inngått en motregningsavtale, men B kan kanskje sikres en fortsatt motregningsrett.

Dette er nemlig bare en spesiell utforming av spørsmålet om § 8-1 gir snevrere motregningsadgang i konkurs enn utenfor når motregningsadgangen utenfor konkurs bygger på avtale.

I alle tilfelle vil sluttavregningsavtaler etter lov om finansiell sikkerhetsstillelse med hjemmel i § 6(1) annet punkt foruten å gjennomføres uten hinder av § 8-1, dessuten gjennomføres uten hinder av § 7-3, hvilket betyr at boet ikke under noen omstendighet kan tre inn i As kontrakter. Og dersom boet overhodet ikke kan tre inn, er jo Bs motregningsrett i alle tilfeller i behold. For disse avtalene vil denne problemstillingen altså ikke reises i det hele tatt. Cherry picking, og mer generelt boets inntreden i kontrakter omfattet av sluttavregningsavtalen, vil overhodet ikke være noe spørsmål. Siden partene i og med unntaket fra § 8-1 kan avtale seg bort fra gjensidighetskravet som oppstilles i § 8-1, kan B allerede på den måten uansett hindret at boets "cherry picking" fratar ham motregningsretten.

---

<sup>47</sup> NOU 1972:20 s. 313

### 3.6 Situasjoner der B kan motregne selv om de alminnelige motregningsvilkårene ikke er oppfylt

#### 3.6.1 Generelt

Deknl. §8-1(2) annet og tredje punkt oppstiller regler om utvidet motregningsrett i konkurs, men også andre regler kan utvide motregningsretten utover de alminnelige motregningsvilkårene.

Det har vært diskutert om unntakene/begrensningene i dekningsloven kapittel 8 er uttømmende. For å kunne nekte B å motregne selv om det følger av reglene i kapittel 8, må nok boet kunne påvise en lovbasert unntaksregel. Derimot vil B kunne motregne i enkelte tilfelle selv om vilkårene i kapittel 8 ikke er oppfylt – til Bs fordel er kapittel 8 altså ikke uttømmende.<sup>48</sup>

Eksempel på en ulovfestet regel som utvider Bs motregningsrett både i konkurs og utenfor konkurs er der motfordring og hovedfordring er konnekse.

#### 3.6.2 Konnekse fordringer

Konneksitet mellom fordringene er ikke et vilkår for å motregne i konkurs, men det antas at B i noen grad har rett til å motregne i konkurs med konnekse krav også når alminnelige motregningsvilkår *ikke* er oppfylt.<sup>49</sup>

Konnekse rettsforhold har vært anført som situasjoner der motregningsretten har en særlig berettigelse; hensynet til rimelighet kan tilsi utvidet motregningsrett. Det vil imidlertid skje på bekostning av øvrige som har krav mot skyldneren.

Utenfor konkurs kan motregning mellom konnekse krav i en viss grad erklæres selv om motregning ville vært utelukket mellom ukonnekse fordringer.<sup>50</sup> Dels begrunnes det med retts tekniske hensyn, det kan være vanskelig å trekke grensen mellom konnekse krav og krav som egentlig er innsigelser mot hovedkravet. Jeg skal ikke her gå nærmere inn på grensedragningen mellom disse, men som illustrasjon kan nevnes at det anses som mest naturlig å klassifisere prisavslag som en innsigelse mot vederlagskravet. Da vil det ikke lenger være snakk om to krav, mer en utregning av ett og samme krav.

---

<sup>48</sup> Sæbø s. 429-430

<sup>49</sup> Rapport (1995) s. 55

<sup>50</sup> Sæbø s. 190



Erstatningskrav regnes derimot som et konnekst motkrav. Grensen mellom disse er flytende, og at man velger å kreve erstatning fremfor prisavslag eller omvendt bør ikke være bestemmende for motregningsretten. I begge disse tilfellene *bør* imidlertid B få full uttelling for fordringene. Således er motregningsretten begrunnet med hensynet til rimelighet, motregning er for jo B også en form for innfrielse av hovedkravet, og B skal her ikke måtte betale As krav fullt samtidig som han bare får igjen deler av sitt eget. B burde slippe å betale til A dersom han ikke også får oppgjør for motkravet.<sup>51</sup>

Dekningsloven inneholder ikke særregler om utvidet rett til å motregne med konnekse fordringer utover § 8-4 for etterprioriterte fordringer, likevel hersker det enighet om at bestemmelsen ikke er uttømmende når det gjelder Bs utvidete motregningsrett ved konneksitet mellom fordringene – også når A er gått konkurs<sup>52</sup>.

Det er blitt antatt å følge forutsetningsvis av § 8-1(2) første punkt at når motregning med konnekse krav er berettiget overfor en solvent motpart, så er den også berettiget ovenfor en insolvent motpart.<sup>53</sup>

Bs rettsstilling vil kunne avhenge av om kravene er konnekse eller ukonnekse der man anerkjenner utvidet motregningsrett med konnekse krav. At B kan tenkes å få motregne fordringene uavhengig av om vilkårene i § 8-1 er oppfylt, betyr at det kan få stor praktisk betydning å avgjøre når det foreligger konnekse fordringer.

Etter lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 6 kan motregningsavtaler gjøres gjeldende uten hinder av § 8-1, og det samme vil altså kunne være tilfelle etter bakgrunnsretten der kravene er konnekse. Der kravene er konnekse vil dermed bestemmelsen i lov om finansiell sikkerhetsstillelse i dette henseende ikke få like stor betydning som der kravene ikke er konnekse.

Begrepet ”konnekse krav” er i seg selv uklart, og det kan foreligge større eller mindre grad av konneksitet. Dessuten er det uklart hvor langt B kan gå i å påberope seg motregningsrett med krav som defineres som konnekse når alminnelige motregningsvilkår ikke er oppfylt.

---

<sup>51</sup> Andreassen s. 364-365

<sup>52</sup> Sandvik s. 150, Sæbø s. 479

<sup>53</sup> Sandvik s. 149

Enkelte lovbestemmelser regulerer motregning mellom konnekse fordringer – både i og utenfor konkurs. Blant disse er gjeldsbrevsloven § 18(2), fl. § 26 litra b og, som nevnt ovenfor, dekningsloven § 8-4. Ordlyden i disse er lik; konnekse krav er de som stammer fra ”samme rettsforhold” (”same rettshøvet”).

Også rettspraksis<sup>54</sup> oppstiller ”samme rettsforhold” som avgjørende kriterium for konneksitetskravet, og i teorien synes man samlet sett å være enig i det.

I Brækhus’ definisjon er motkrav og hovedkrav konnekse dersom de ”utspringer av samme rettsforhold”. For å kunne svare på det, spør han seg om ”sammenhengen mellom fordringene [er] så nær at det ville virke urimelig om den ene part kunne kreve sitt uten samtidig å yde det den annen part har krav på”. Selv om problemstillingen er formulert med sikte på motregning i forhold til gjeldsbrevsloven § 26, vil vurderingen som et utgangspunkt være den samme i forhold § 8-1.

Det vanligste tilfelle av konneksitet foreligger når motkrav og hovedkrav springer ut av samme forpliktende avtale<sup>55</sup>, Brækhus oppstiller således i kontraktsforhold ”en enkel og vidtrekkende regel om konneksitet: Kontrahentens fordringer på ydelser og modydelser under én og samme kontrakt (...) er alltid konnekse.”<sup>56</sup> Etter dette vil det alltid foreligge konneksitet mellom for eksempel en parts plikt til å betale vederlag, og hans eventuelle rett til å kreve erstatning for mislighold av forpliktelsen.

I Rt. 1992 s.504 ble det diskutert hva som skulle til for å kunne motregne med konnekse krav uten hinder av gjeldsbrevsloven § 26, og Høyesterett drøftet da ”hva som ligger i at krav stammer fra ”samme rettshøve”. Det forelå flere avtaler mellom partene i saken, og førstvoterende uttaler at ”det må påvises et tilknytningsforhold mellom dem som gjør det rimelig å si at krav etter avtalene er oppstått i samme rettsforhold.”<sup>57</sup>

Det må altså foreligge en nødvendig sammenheng mellom kravene for at de skal ansees som konnekse: Fordringene ”utspringe[r] [ikke] fra samme rettsforhold” når de ikke er innbyrdes avhengige av hverandre.

Dersom B innvilger A et lån på den forutsetning at A *opprettet* en konto hos B og setter inn en sum som skal fungere som sikkerhet for lånet, vil vi fort statuere konneksitet. Der

---

<sup>54</sup> Se Rt. 1915 s.840, Rt. 1928 s.885, Rt. 1928 s.1121

<sup>55</sup> Jf. det Lindskog kaller for ”avtalskonnexitet”, se Lindskog s. 82

<sup>56</sup> Brækhus, Kredittretten s. 57-58

<sup>57</sup> Rt. 1992 s. 504 s. 507

A allerede *har* en konto med innskudd hos B, og dette innskuddet blir stående hos B som sikkerhet vil den nødvendige sammenhengen være fraværende dersom pengene uansett ville stått hos B. Da blir det ikke snakk om én og samme kontrakt, og man kan vanskeligere konstatere konneksitet.<sup>58</sup>

I noen tilfeller vil det fremstå som helt klart at fordringene er konnekse, i andre er de det helt klart ikke. Der tilknytningen mellom dem ikke er så sterk, blir grensen mellom de konnekse og de ikke-konnekse krav uklar.

I en konkurssituasjon skjer Bs utvidete rett til motregning på bekostning av andre som har krav mot A. Det kan bli vektlagt til Bs ugunst i vurderingen av hvor langt motregning med konnekse krav tillates etter den legale motregningsretten, utover §8-1. På samme måte som hjemmelen for motregningsreglene er å finne i rettstradisjonen<sup>59</sup>, setter rettstradisjonen grenser for hvor langt motregningsretten rekker.

Når vi først har konkludert med at kravene i et gitt rettsforhold er konnekse, gjenstår altså å se på rettsvirkningene av konneksitet. Konnekse krav – selv der tilknytningen mellom dem er sterk – vil ikke i ethvert tilfelle kunne motregnes når vilkårene i § 8-1 ikke er oppfylt.<sup>60</sup> Hvert motregningsvilkår må vurderes nærmere for å finne ut av hvilke det kan tenkes å gjøre unntak fra ved konnekse fordringer. De som i første rekke vil kunne fravikes er gjensidighetsvilkåret<sup>61</sup> og vilkåret om oppgjørsmodne fordringer<sup>62</sup> i § 8-1(1), dessuten vil det være aktuelt å gjøre unntak fra motregningsbegrensningen i § 8-2<sup>63</sup>.

Uansett vil hensynene i hvert enkelt typetilfelle, og eventuelle konkrete rimelighetsbetraktninger være utslagsgivende for om man vil gjøre unntak fra den allerede vide motregningsretten i konkurs.

---

<sup>58</sup> Brækhus, Kredittretten s. 59: "I deponeringstilfellene bør (...) mer restriktive panterettslige prinsipper være avgjørende".

<sup>59</sup> Jf. note 12 ovenfor

<sup>60</sup> Andenæs s. 202, Sandvik s. 150

<sup>61</sup> Andreassen s. 364

<sup>62</sup> Andenæs s. 202, Sandvik s. 150, Brækhus, Kredittretten s. 57

<sup>63</sup> Sandvik s. 150

Når hensynene taler for det, kan konnekse fordringer motregnes selv om motregningsvilkårene ikke er oppfylt ved boåpningen. De kryssende hensyn som må vurderes mot hverandre i den aktuelle situasjon er om det er rimelig at B slipper å betale til A dersom ikke også han får oppgjør for sitt krav, og at et slik oppgjør skjer på bekostning av boet.<sup>64</sup> Utvidet motregningsrett er således et utgangspunkt, men slik at fordelene i ethvert tilfelle må veies opp mot ulempene.<sup>65</sup>

Der det dreier seg om én avtale om sikkerhetsstillelse etter lov om finansiell sikkerhetsstillelse, vil fordringene ofte, men ikke alltid være konnekse og dermed kunne motregnes uten hinder av § 8-1 allerede av den grunn. Der mange avtaler er inngått mellom partene vil fordringene gjerne være konnekse dersom de er del av et løpende forretningsforhold, ellers skal det mer til for å statuere konneksitet.

For konnekse krav vil altså unntaket fra § 8-1 i § 6(1) ikke være av stor betydning; det vil det derimot kunne være der kravene ikke er konnekse.

### 3.7 Oppsummering og videre fremstilling

Ovenfor har vi sett at i konkurs som utenfor konkurs er adgangen for B til ensidig å kreve motregning vid, den legale motregningsadgangen rekker langt, og i noen grad lempes også de alminnelige motregningsvilkårene. Noen unntak følger av lov, for eksempel § 8-1(2)2 som lempes på komputabilitetsvilkåret, andre er ulovfestet, for eksempel at konneksitet mellom hovedkrav og motkrav utvider motregningsretten. Etter dette oppstiller § 8-1 ikke de store motregningsskrankene.

Når motregningsavtaler innenfor virkeområdet for lov om finansiell sikkerhetsstillelse nå gjør unntak fra § 8-1 vil det kanskje ikke få stor betydning i de fleste motregnings-situasjoner, selv om vi i det følgende skulle konkludere med at all motregning i konkurs etter bakgrunnsretten – også om den følger av en avtale om motregning eller til og med der motregning er oppgjørsformen ved realisasjon av pantobjektet – i ethvert tilfelle er bundet av § 8-1.

---

<sup>64</sup> Sæbø s. 479

<sup>65</sup> Se Sæbø s. 481

A og B kan ønske å innskrenke motregningsretten seg imellom, eller de kan ønske å utvide den utover det som følger av dekningsloven kapittel 8.

Det kan tenkes at den legale motregningsretten ikke representerer en god nok sikkerhet for B, han vil sikre seg muligheten til i fremtiden å motregne to ikke-komputable fordringer utover det som følger av § 8-1. Da kan partene inngå en avtale om motregning.

Hvis A går konkurs, oppstår spørsmålet om boet blir bundet av avtaler inngått mellom B og en solvent A. Kan partene ved en slik avtale kan binde boet *utover* skrankene i § 8-1?

Som sagt kan imidlertid sluttavregningsavtaler etter lov om finansiell sikkerhetsstillelse §6 gjøres gjeldende overfor boet uten hinder av § 8-1.

Spørsmålet i det følgende blir så om dette er noe nytt i forhold til bakgrunnsretten, det vil være tilfelle dersom § 8-1 er preseptorisk i bakgrunnsretten.

Dette er tema nedenfor i kapittel 4.

..

## **4 Er dekningsloven § 8-1 preseptorisk slik at A og B ikke kan avtale seg bort fra innholdet i bestemmelsen med virkning for boet?**

### **4.1 Innledning**

Ovenfor har vi sett på innholdet i § 8-1, her blir spørsmålet om bestemmelsen er til hinder for avtalt sluttavregning ved konkurs. Og hva der partene istedenfor å inngå en motregningsavtale, heller inngår en avtale om pant etter panteloven § 4-4. Gjelder begrensningene i § 8-1 når panteoppgjøret skjer ved at fordringene motregnes?

Dersom § 8-1 ikke bare gjelder for motregning etter ulovfestede regler, men også for avtaler om motregning inngått mellom partene, og kanskje til og med kan gjelde for pantsatte krav, vil det faktum at lov om finansiell sikkerhetsstillelse gjør unntak fra § 8-1 der motregning er avtalt, kunne innebære en veldig utvidelse av hva én kreditor, B, kan ta beslag i på bekostning av konkursboet.

Hvis § 8-1 derimot ikke begrenser motregningsretten i disse tilfellene, vil bestemmelsen i § 6(1) om at § 8-1 ikke gjelder, ikke innebære noen realitetsforskjell fra slik rettsstilstanden allerede er.

Som tidligere nevnt, er det en forutsetning for at avtalen i overhodet går inn under lov om finansiell sikkerhetsstillelse at sikkerheten enten er pantsatt eller overdratt til eie i sikringsøyemed til B. For at § 8-1 ikke skal gjelde, med hjemmel i lovens § 6(1), må det være inngått en egen avtale om sikkerhetsstillelse – i tillegg til selve panteavtalen.

Dermed vil det ikke innebære noen realitetsendring for B dersom for eksempel bare oppgjøret av pantet begrenses av § 8-1, det sentrale vil da kunne være om man allerede med hjemmel i bakgrunnsretten kan inngå sluttavregningsavtale som uten hinder av § 8-1 binder boet, eventuelt omvendt.

### **4.2 Motregningsavtaler og dekningsloven § 8-1**

For enkelte avtaler om motregning av finansielle instrumenter er dette spørsmålet, som nevnt innledningsvis, allerede løst gjennom verdipapirhandelloven § 10-2, der det er gjort unntak fra de eventuelle begrensninger som deknl. § 8-1 oppstiller.<sup>66</sup>

---

<sup>66</sup> Se også betalingssystemloven § 4-2(1)

Med mindre lovgiver har ment *at* dekl. § 8-1 utgjør et motregningshinder for slutt-avregningsavtaler, viser det i alle fall at rettstilstanden er blitt ansett for å være uklar.

Dekningslovens primære formål er å beskytte kreditorenes interesser, hvilket kan tyde på at i hvert fall en del av bestemmelsene som er gitt til gunst for kreditorfellesskapet er ment å være preseptoriske. Når § 8-1 oppstiller en vid adgang til å motregne i konkurs, men med visse begrensninger, kunne det i lys av lovens formål tyde på at paragrafen er preseptorisk, slik at man ikke ved avtale kan binde boet til å godta en enda videre adgang til å motregne.<sup>67</sup>

I lovens forarbeider om § 7-3 står det at

”(...) reglene i dette kapittel i prinsippet er preseptoriske. (...) At reglene er preseptoriske betyr her bare at partenens eventuelle boer ikke er bundet av kontraktsklausuler som gir boene en dårligere stilling enn de etter reglene skal ha (...) At regler av den art det her gjelder, ikke bør kunne fravikes til skade for boet, må være klart(...) [B]egge parter vil (...) ofte finne det naturlig at det blir tatt inn visse klausuler om insolvenssituasjonen i avtalen (...) En naturlig konsekvens av dette er at avtalen for så vidt bare binder partene, ikke tredjemann, boet.”<sup>68</sup>

At bestemmelsene i kapittel 7 er preseptoriske er ikke kommet til uttrykk i selve lovteksten. Ved en analogi kunne man påstå at reglene i kapittel 8 også er preseptoriske, det er så vidt jeg kan se intet prinsipielt skille mellom reglene i kapittel 7 og reglene i kapittel 8 i det henseende, idet begge er ment å bedre boets stilling ved konkurs.<sup>69</sup>

Uttalelser i Inst. O. nr. 19 (1979-80) s. 23 kan imidlertid tale for en motsatt løsning:

”En slik avtalt motregningsrett må (...) godkjennes allerede etter gjeldende rett (...)”.

Dette kan imidlertid også tas til inntekt for at en slik avtale står seg overfor tredjemann, så lenge den holder seg innenfor rammene av §8-1.

I alle fall viser dette utsagnet at Justiskomiteén har tenkt seg at slike avtaler kan forekomme, og at avtalene kan være rettslig grunnlag for å påberope seg avtalt motregning overfor tredjemann.

---

<sup>67</sup> Bergo s. 59

<sup>68</sup> NOU 1972:20 s. 310

<sup>69</sup> Bergo s. 59

Ordlyden i § 8-1 sier ingenting om avtalt motregningsrett, noe som i lys av forarbeidene kan tyde på at § 8-1 gjelder både i de tilfeller der motregningen er basert på uskreven rett og der den er basert på avtale mellom partene, jf. uttalelsene ovenfor i Inst. O. nr. 19 (1979-80) s. 23. I NOU 1972:20 s. 329 første spalte står det at ”[e]t konkret forslag om begrensning ble fremsatt i dansk utkast 1941 § 88, som bare innrømmer motregningsrett (...) hvor det før konkursen var truffet skriftlig avtale om motregning.”

Det viser at lovutvalget om ikke annet i hvert fall hadde sett for seg muligheten for avtaler om motregning. Når slike avtaler så ikke ble regulert spesielt i dekningsloven, kan det tyde på at § 8-1 også regulerer motregningsavtaler på den måten at partene ikke kan avtale en motregningsrett som er videre enn de begrensningene § 8-1 oppstiller, eller det kan bety at lovgiver ikke har ønsket å regulere slike avtaler om motregningsrett, men har ønsket å la domstolene trekke opp de nærmere grenser for hvor langt man vil gå i å akseptere avtalene.

I forhold til ordlyden i § 8-1 er det utslagsgivende for å kunne motregne at vilkårene i første ledd er oppfylt og at B kunne ha motregnet overfor A også utenfor konkurs, jf. annet ledd første punktum. At B kunne ha motregnet også utenfor konkurs må etter det som er sagt under punktene 3.5.1 og 3.6.2 gjelde uavhengig av om grunnlaget for motregningen er lov, alminnelige motregningsregler, eller som her, avtale.

Motregningsskranker som allerede forelå når skyldneren var solvent opprettholdes i konkurs; motregning overfor boet hindres

”dersom motregning på grunn av fordringens beskaffenhet ville vært utelukket selv om skyldneren var solvent.”

Ovenfor, under pkt. 3.6.2, så vi at § 8-1(2)1 er blitt tolket antitetisk, slik at der B hadde motregningsprivilegier utenfor konkurs, videreføres disse i konkurs.<sup>70</sup> Det betyr i så fall at B kan motregne på samme vilkår i konkurs som han kunne utenfor konkurs.

---

<sup>70</sup> Sandvik, s. 149: ”Det er klart at en slik utvidet motregningsadgang [for konnekskrav] medfører en tilsvarende effekt for motregningsadgangen overfor konkurs, så langt denne etter §8-1, annet ledd er avhengig av adgangen til motregning mellom solvente. Men konneksiteten medfører også at en vil måtte fravike enkelte av de særlige vilkår for motregning i konkurs som er angitt i dekningslovens egne bestemmelser.”



Det sentrale prinsipp i dekningslovens kapittel 8 kan etter dette synes å være at den solvente part ikke skal ha større motregningsrett overfor boet enn han hadde overfor en solvent debitor.

I så fall vil ikke grunnlaget for motregningsretten mellom B og den solvente A ha betydning. Det vil være uvesentlig om motregningsretten bygger på ulovfestede prinsipper, lov eller avtale mellom partene, og det vesentlige vil heller ikke være om vilkårene i første ledd er oppfylt, så lenge B ikke får bedre rett overfor boet enn han hadde overfor den solvente A.

I rettspraksis<sup>71</sup> er det ofte blitt det lagt stor vekt på at motregningsretten ikke skal *utvides* i konkurs: man skal med andre ord ikke kunne avtale seg bort fra skrankene i § 8-1 kun med tanke på en insolvenssituasjon.<sup>72</sup>

Det kan synes å ikke være avgjørende om vilkårene i første ledd er oppfylt, så lenge avtalen ikke går ut på å *utvide* motregningsretten i konkurs.

Close-out avtaler regulerer ofte flere mulige situasjoner som kan inntreffe, hvoretter fordringene kan/skal motregnes mot hverandre – en parts insolvens er gjerne én blant mange slike situasjoner.

Dersom avtalen regulerer motregning utenfor rammene av § 8-1 også mellom de solvente parter, kan man ikke si at motregningsretten *utvides* i konkurs. Avhengig av avtalens vesentlige formål vil enkelte avtaler kunne stå seg selv om de ikke oppfyller for eksempel vilkåret om komputabilitet i § 8-1, mens avtaler som utvider Bs motregningsrett idet A går konkurs ikke kan belage seg på å stå seg overfor boet. Det vil være en ren avtale om dekningsprivilegium for B – som av hensyn til de øvrige kreditorene ikke får vern i konkurs.<sup>73</sup> Omstøtelse

Av prinsippet i dekningsloven § 2-2, hvoretter boet kan ta ”dekning i ethvert formuesgode som tilhører skyldneren på beslagstiden (...)”, følger at boet ikke kan ta beslag i mer/annet enn det som tilhører boet på konkurstidspunktet.<sup>74</sup>

---

<sup>71</sup> Se for eksempel Rt. 1984 s. 191

<sup>72</sup> Bergo s. 60

<sup>73</sup> Sæbø s. 237

<sup>74</sup> Se punkt 3.5.3 og panteloven §7-4.

Det kan sondres mellom to typer motregningsavtaler; på den ene siden avtaler som medfører at vilkårene for å kunne motregne etter alminnelige motregningsregler (§ 8-1) blir oppfylt, og på den annen side avtaler som i seg selv utgjør det rettslige grunnlaget for motregningsretten. Denne siste varianten ligner på avtaler om ”pant i egen gjeld”<sup>75</sup>, jf. nedenfor pkt. 4.2.1.

Spørsmålet om bankers motregningsadgang var lenge gjenstand for diskusjoner, både i teorien og i praksis. Det er et praktisk viktig spørsmål fordi finansinstitusjoner, i vårt tilfelle B, gjerne tar imot innskudd i tillegg til å låne ut penger. Dermed vil de ofte være i kreditor- og debitorposisjon samtidig<sup>76</sup> og kunne nyttiggjøre seg en eventuell motregningsrett i kontoen.

I juridisk teori har det vært betydelig skepsis overfor bankenes motregningsrett.

De lege lata fikk vi en avklaring av bankers adgang til å motregne i kundens konto ved ikrafttreddelsen av finansavtaleloven av 25 juni 1999 nr. 46. Lovens § 29 lyder som følger:

”(1) Institusjonen kan ikke utøve tilbakeholdsrett eller foreta motregning i inntestående på konto, unntatt for forfalte krav som springer ut av kontoavtalen. Institusjonen kan likevel utøve tilbakeholdsrett eller foreta motregning for krav som er oppstått som følge av et straffbart forhold.

(2) Institusjonen kan ikke utøve tilbakeholdsrett eller foreta motregning i betalingsmidler som institusjonen har til disposisjon for å utføre betalingsoppdrag.

(3) Retting av feilaktige godskrivinger reguleres av § 31.

(4) Reglene i paragrafen her er ikke til hinder for at det etter ellers gjeldende regler stiftes særskilt sikkerhetsrett i innskudd.”

Bestemmelsen kan ikke fravikes til skade for en forbruker, jf. lovens §2(1); utenfor forbrukerforhold er den imidlertid deklarasjonsisk. Dermed kan ordninger som til dels har fått stor utbredelse i praksis videreføres, typisk avtaler om motregningsrett lik den B i vårt tilfelle har inngått med A.

Som dominerende kredittyttere i markedet, er imidlertid finansinstitusjonene i en posisjon som gir mulighet for å betinge seg sikkerhet for sine krav gjennom andre sikkerhetsretter, for eksempel ulike former for pantsetting. Uansett er det nå slik i

---

<sup>75</sup> Sæbø s. 229

<sup>76</sup> Ot.prp. nr. 41 (1998-99) s. 38-39

forholdet mellom A og B at B at de kan motregne forpliktelsene sine dersom de har inngått en uttrykkelig motregningsavtale. Det følger av den – for A og B – deklarasjonistiske bestemmelsen i finansavtaleloven § 29(1).

Regelen setter en stopper for at B kan motregne kun med hjemmel i alminnelige motregningsregler, dvs. overfor boet kun med hjemmel i §8-1 når A går konkurs. Selv om en motregningsavtale må godtas etter §29(1), er imidlertid ikke bestemmelsen noen hjemmel for at avtalen kan gå *lenger* enn det som oppstilles i §8-1.

I vårt tilfelle, der B har lånt penger til A og B får sikkerhet i As innestående hos B, må partene inngå en motregningsavtale for at de i det hele tatt skal ha mulighet til å motregne, men avtalen går dessuten utover skrankene som oppstilles i § 8-1.

En avtale som bare legger til rette for motregning vil ikke ha noen hensikt i dette tilfellet utgangspunktet er at fordringene ikke kan motregnes. Det betyr at fordringene ikke kan motregnes med mindre det foreligger en særskilt avtale om det.

Det forekommer sjelden at loven oppstiller deklarasjonistiske regler som forbyr B å motregne, som hovedregel står begge løsninger i utgangspunktet åpne for partene. Hvis sikkerheten som A stiller til B istedenfor innskudd hos B for eksempel er As aksjer, oppstilles ikke noe slikt deklarasjonistisk motregningsforbud: Da står begge typer avtaler åpne, og nedenfor har vi en slik situasjon for øye.

Som nevnt følger det av prinsippet i § 2-2 at boet trenger hjemmel for å ta beslag i *mer* eller *annet* formuesgode enn A hadde på beslagstiden.

Videre følger det av avtalerettslige prinsipper at dersom A og B har inngått en avtale om innholdet eller oppfyllelsen av hovedfordringen, for eksempel en bestemt oppgjørsmåte av hovedkravet, er dette en begrensning i kravet som også boet i utgangspunktet må akseptere – etter omstendighetene kan imidlertid denne avtalen omstøtes av boet.

En slik avtale kan for eksempel gå ut på at B er berettiget til å betale med annet enn penger.

Når boet er nødt til å godta slike begrensninger i fordringene det tar beslag i, skulle mulighetene ligge til rette for at B også måtte respektere at fordringen er påheftet en avtale om at B har er berettiget til å gjøre opp hovedkravet ved å motregne med

motkravet, eller at partene gjennom avtale med A bevirker at vilkårene for motregning overfor boet etter § 8-1 blir oppfylt<sup>77</sup>, for eksempel regulere fordringenes forfallstid. Og når partene kan binde boet på denne måten, må de også kunne binde boet med en egen avtale om motregningsrett – realitetsvirkningen er den samme. Etter dette vil avtalt motregningsrett kunne anerkjennes med hjemmel i avtalerettslige prinsipper.

Når det er sagt, kan det imidlertid oppstilles prinsipielle grunner til at man ikke kan avtale motregning som rekker lenger enn § 8-1(1), selv om man kan binde boet til å godta andre begrensninger som ligger i fordringen.

*Motivasjonen* kan være en slik avgjørende faktor.

Brækhus er en av de som har stilt seg skeptisk til at partene kan binde tredjemann på den måten, og begrunner det med at når partene regulerer Bs adgang til å gjøre opp hovedkravet så er det partene egentlig prøver å gjøre gjennom avtalen å regulere Bs situasjon som kreditor for motkravet, ikke Bs situasjon som debitor for hovedkravet. Når avtalen for eksempel går ut på at B skal få lov til å betale sin fordring til A med annet enn penger, så er det Bs stilling som debitor, som betaler, som forsøkes regulert. Begrunnelsen for å godta en avtalt motregning utover det som følger av § 8-1 virker imidlertid, mener han, ”besnærende logisk sett”.<sup>78</sup> Man må likevel ikke glemme at formålet med reguleringen som nevnt ikke er å regulere hovedkravet, men å gi B en særskilt dekningsrett. Med det formålet for øyet – at B ved avtalen søker å unndra aktiva fra kreditorfellesskapet – er det grunn til å stille spørsmålstegn ved om partene på den måten likevel kan binde boet.

Likevel mener jeg at de beste grunner taler for at det avtalerettslige synspunktet bryter gjennom. Det foreligger rettslig grunnlag for å binde boet utover det som følger av § 8-1 selv om boet ikke er part i avtalen, og selv om det blir bundet utover begrensningene i § 8-1. B kan påberope seg avtalt motregningsrett i konflikt med boet som erverver kolliderende rettigheter i hovedkravet, uavhengig av kapittel 8, men igjen presiserer jeg

---

<sup>77</sup> Sæbø s. 233

<sup>78</sup> Brækhus, Kreditretten s. 64-65

– dette gjelder bare dersom den utvidede motregningsretten også gjaldt i forholdet mellom B og den solvente A.<sup>79</sup>

Motregningsavtalen vil etter dette stå seg overfor boet dersom *utvidelse av motregningsretten i konkurs* ikke er det vesentlige i avtalen, hvilket igjen betyr at mange avtaler vil kunne stå seg.

Der formålet med avtalen er kun å avtale seg bort fra § 8-1 og med det utvide motregningsretten for B i det tilfelle at A skulle gå konkurs, er det mindre sikkert om boet blir bundet av avtalen utover det som allerede følger av § 8-1.

Selv om motregningsavtaler da som hovedregel vil stå seg overfor boet, nyter boet et visst vern mot slike avtaler: det kan omstøte kreditorskadelige disposisjoner, dekningsloven § 5-6.

For å unngå usikkerheten i teorien rundt dette spørsmålet, følger det nå av lov om finansiell sikkerhetsstillelse §6(1) annet ledd at sluttavregningsavtaler inngått innenfor lovens virkeområde står seg uavhengig av dekl. § 8-1.

#### 4.3 Pant og § 8-1

Særlig der avtalt motregning ikke tillates på grunn av preseptoriske lovregler, men også ellers, kan B ønske å betinge seg panterett for å sikre oppfyllelsen av sitt krav mot A; kanskje B må inngå en panteavtale for å oppnå tilfredsstillende sikkerhet. Også der avtalt motregning tillates vil B kunne ønske å inngå en panteavtale dersom det stiller ham bedre.<sup>80</sup> Det kan imidlertid tenkes at oppgjøret av panteretten ved motregning ikke kan gjøres utenfor de begrensningene som § 8-1 oppstiller, dersom det ved en pantsettelse av typen pant i egen gjeld blir nødvendig å gå til realisasjon av pantet, vil

---

<sup>79</sup> Det vil trolig måtte oppstilles visse unntak fra hovedregelen om at §8-1 (og kapittel 8) ikke oppstiller skranker for motregningsavtaler. I teorien har Sæbø på grunnlag av avtalerettslige prinsipper hevdet at motregningsretten skal kunne avtales utover de skrankene som er oppstilt i loven. Også han hevder imidlertid at det må oppstilles enkelte unntak fra denne konklusjonen; på grunnlag av ETA-dommen må det legges til grunn at man ikke skal kunne motregne i strid med § 8-4; og det kan heller ikke avtales motregningsrett i strid med § 8-1(3), § 8-2(1) og § 8-3. Idet følgende skal jeg imidlertid ikke gå nærmere inn på de enkelte unntakene som evt. må oppstilles. Om dette, se Sæbø s. 240

<sup>80</sup> Sæbø s. 245

dette nemlig skje ved at B motregner sin gjeld til panthaveren (dvs. As innskudd) i sitt tilgodehavende hos A (dvs. tilbakebetaling av lånet), jf. panteloven § 4-6.

Poenget med at A pantsetter sitt formuesgode til B er at B får holdt sitt krav unna de øvrige kreditorene. Skal det stilles strengere krav her (for eksempel til komputabilitet, forfallstid..) fordi oppgjøret foretas ved motregning og ikke på annen måte?

Her må det imidlertid påpekes at pant i egen gjeld er en pantemodell som skiller seg noe fra den vanlige pantemodellen. Tradisjonelt er jo panterett en sikkerhetsrett i et aktivum som tilhører en annen enn panthaveren.<sup>81</sup> Det ser man tydelig på rettsvernsakten som skal sikre sikkerhetsrettens notoritet, rettsvernsakten for Bs panterett i As innskudd vil være notifikasjon til B, jf. panteloven § 4-5.

I og med at både underliggende avtalen og panteavtalen foreligger mellom de samme parter – A og B – vil ikke notifikasjonen til B ha noen selvstendig betydning ved siden av selve panteavtalen.

Det betyr at der A og B inngår en avtale om motregning og der partene inngår en avtale om pant er selve etableringen av sikkerhetsretten lik, forskjellen vil bare være hva partene seg imellom kaller den. Ingen av dem har noen publisitets- eller notoritetsvirkning utad.

Saklig sett kan man dermed si at en avtale om pant i egen gjeld er en avtale om motregning; vi beveger oss i beste fall på grensen for det som kan karakteriseres som en panterett.<sup>82</sup> Dermed kan vi heller ikke la de normale rettsvirkningene for pant gjelde i disse tilfellene, men heller gi avtalen rettsvirkninger som om de har avtalt en utvidet motregningsrett. I begge tilfeller vil fordringene kunne motregnes.

Dette er i samsvar med Rt. 1983 s. 191 (ETA-dommen) hvor Høyesterett fant at det ikke var etablert noen egentlig panterett for banken, men en sikkerhet som tilsvarte en avtalt motregningsrett. Dommen viser dessuten at selv om rettsvirkningene ved realisasjon av pant og motregning er så godt som identiske, er det likevel noen få tilfeller hvor reglene vil slå annerledes ut.

Også i forarbeidene til dekningsloven ble det forutsatt at motregningsavtaler og panteavtaler skal stilles likt: det ”kan ikke spille noen rolle fra eller til” om det er avtalt det

---

<sup>81</sup> Brækhus, Kredittretten s. 69

<sup>82</sup> Brækhus, Kredittretten s. 352-353

ene eller det andre.<sup>83</sup> Partenes rett til å stifte pant i egen gjeld står altså åpen, men er lik en avtale om motregningsrett.

Det kan tenkes innvendinger mot at pant i egen gjeld ikke får rettsvirkninger som en vanlig panterett. A kunne istedenfor å sette pengene inn/la pengene stå på konto hos B, innkassert pengene og deretter *håndpantsatt* dem til B, for eksempel lagt dem i en bankboks hos B. Alternativt kunne A satt pengene inn i en annen bank (C) og deretter pantsatt innskuddet hos C til B.

Poenget er imidlertid at i disse tilfellene vil det være notoritet rundt rettsvernsakten, og det er poenget her, avtalen om pant og motregningsavtalen vil da fremstå som alternativer sikkerhetsretter utad.

Der rettsvernsakten ikke kommer til uttrykk utad, slik det vil være ved avtaler om pant i egen gjeld, er det også slik at avtalen lettere kan antedateres. Partene vil som regel ikke ha noe å tape på å gjøre det, dermed kan det bli for lett å lure kreditorene.

For sluttavregningsavtaler etter lov om finansiell sikkerhetsstillelse stilles det ikke krav om noen særskilt rettsvernsakt, annet enn skriftlighet. Men i tillegg må det jo foreligge en panteavtale, eller en avtale om sikringscesjon – og som vi har sett vil rettsvernsakten i begge tilfelle vil være notifikasjon til B.

Etter dette må det forutsettes at der man kan inngå en avtale om motregningsrett kan man like gjerne etablere en panterett for B og omvendt.

Imidlertid kan det synes som om lovgiver ikke har vært av samme oppfatning: med hjemmel i finansavtaleloven § 29(4) kan banken i forbrukerforhold gyldig etablere pant i egen gjeld, mens den preseptoriske bestemmelsen i første ledd forbyr partene å gyldig avtale at banken skal ha motregningsrett i As innskudd.

Med bakgrunn i det som er sagt ovenfor, at avtalene inngås på samme måte og får samme rettsvirkninger, virker dette meningsløst. Meningen har tydeligvis vært å verne A, men B kan oppnå akkurat det samme som i en avtale om motregningsrett dersom han får pant i innskuddet.

---

<sup>83</sup> Inst. O. nr. 19 (1979-80) s. 23

Det § 29 fjerde ledd sett i sammenheng med forarbeidene <sup>84</sup>viser, er at pant i egen gjeld er en modell som må aksepteres, selv om rettsvirkningene ikke alltid blir som for vanlig panterett.

Rettsvirkningene for pant i egen gjeld må etter dette likestilles med rettsvirkningene for avtalt motregning.

Det kan tenkes at vi ved pant i egen gjeld skjærer igjennom; når rettsvernsvilkårene ikke er helt tilfredsstillende, så kommer man heller ikke utenom §8-1 dersom man vil motregne forpliktelsene.

En panterett får virkning ved pantsetters konkurs, og bare da.

I og med at avtaler om pant i egen gjeld likestilles med avtaler om utvidet rett til motregning, og de sistnevnte i utgangspunktet bare får virkning dersom de ikke utvider motregningsretten i konkurs i forhold til utenfor konkurs, vil panteavtaler av denne typen ikke kunne stå seg ved As konkurs. Om man kaller avtalen en motregningsavtale eller en panteavtale har imidlertid ingen betydning, så lenge realiteten er at motregningsretten ikke utvides kun med sikte på konkurs. Siden det i utgangspunktet ikke stilles noen formelle krav til avtalen, den kan ha blitt inngått muntlig, vil partene kunne prøve seg med at en avtale tilsvarende panteavtalen også gjaldt mellom partene før As konkurs. Dette er et rent bevissspørsmål, som jeg ikke skal kommentere ytterligere, jeg vil bare presisere at det er realiteten i avtalen som er bestemmende for om boet blir bundet av den, ikke hva man kaller den.

---

<sup>84</sup> NOU 1994:19 s. 138-139



## 5 Litteraturliste

### *Litteratur:*

Andenæs, Mads Henry. *Konkurs*. Bergen, 1999

Andreassen, Jens Edvin, *Factoringpant*. Oslo, 1990

Bergo, Knut. *Netting av derivatkontrakter*. I: Temahefte utgitt av advokatfirma

Wikborg, Rein & Co, nr. 1 1996, s.3-84

Brækhus, Sjur. *Omsetning og kreditt 2*. 2.utg. Oslo, 1994

Brækhus, Sjur. *Avtalt motregning, Bankinnskudd og lignende irregulære depoter som sikkerhet for mulige fremtidige forpliktelser overfor depositaren*. I: Rett og humanisme,

Festskrift til Kristen Andersen, Oslo 1977

Krüger, Kai. *Pengekrav*. Bergen, 1984

Lindskog, Stefan. *Kvittning*. Stockholm, 1993

Sandvik, Tore. *Lærebok i materiell konkursrett*, Utdrag. Bergen, 1985

Sæbø, Rune. *Motregning*. Bergen, 2003

Tjaum, Arne. *Valuta- og renteswaper*. Oslo, 1996

### *Lovregister:*

dekningsloven av 8 juni 1984 nr. 59

finansavtaleloven av 25 juni 1999 nr. 46

foreldelsesloven av 18 mai 1979 nr. 18

gjeldsbrevsloven av 17 februar 1939 nr. 1

lov om finansiell sikkerhetsstillelse av 26 mars 2004 nr. 17

panteloven av 8 februar 1980 nr. 2

tvangsfullbyrdelsesloven av 26 juni 1992

verdipapirhandelloyen av 19 juni 1997 nr. 79

### *Domsregister:*

Rt. 1983 s. 910

Rt. 1992 s. 504

Rt. 1997 s. 21

*Forarbeider:*

Rapport fra en arbeidsgruppe nedsatt av Kredittilsynet. *Avregning (netting) av derivatkontrakter*. Oslo, 1995

Rapport fra en arbeidsgruppe oppnevnt av Finansdepartementet. *Utkast til lov om finansiell sikkerhetsstillelse*. Oslo, 2003

NOU 1972:20 Gjeldsforhandling og konkurs

Ot. prp. nr. 22 (2003-2004). Om lov om finansiell sikkerhetsstillelse

Inst. O. nr. 19 (1979-80)

*Annet:*

Communication from the Commission. *Financial Services: Building a Framework for action*. Brussel, 1998





